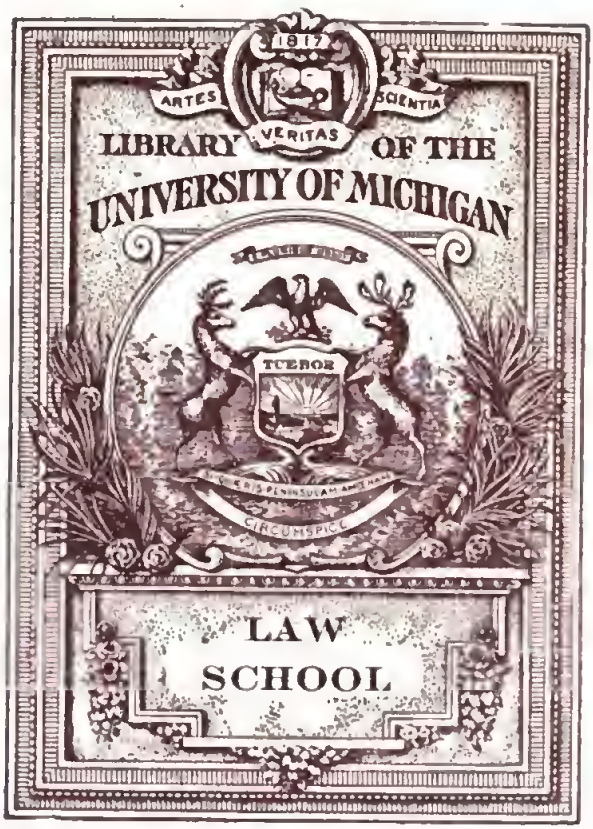
Digitized by Google

KKC3049 .J34x



Google

(FL2
J26)
stor
a3785

Digitized by Google

Jahrbücher

der

Württembergischen Rechtspflege

herausgegeben

von den Mitgliedern

des

Oberlandesgerichts und des Verwaltungsgerichtshofs zu Stuttgart

und des

Vorstandes der württembergischen Anwaltskammer

Siebzehnter Band.

(Zitierweise: WürttJ.)

Tübingen.
Verlag der H. Laupp'schen Buchhandlung.
1906.

Alle Rechte vorbehalten.

Druck von H. Laupp jr in Tübingen.

Inhaltsübersicht des siebzehnten Bandes.

I. Entscheidungen des Oberlandesgerichts.

A. in Civilsachen.

		Seite
1.	Eigenes Verschulden einer Person, die bei einer Eisenbahnfahrt infolge davon verunglückt ist, daß sie während der Fahrt auf die Plattform des Wagens hinausgetreten ist	1
2.	Möglichkeit einer Klage teils auf Leistung einer Vertragsstrafe, teils auf Vertragserfüllung (§ 340 BGB.)	4
3.	Werkvertrag: Voraussetzungen eines Anspruchs auf Schadensersatz und der Wandlung wegen Mängel eines gelieferten Werks	7
4.	Pflicht des Kommittenten, über vertragswidrig abgeschlossene Geschäfte dem Kommissionär Rechnung zu legen?	11
5.	Handelt der Ratsschreiber in Ausübung der ihm nach Art. 33 bis 35 AG. BGB. zustehenden Befugnisse als Beamter? .	13
6.	Haftung des Staats für einen durch Nichtverwahrung einer in der Nähe einer Staatsstraße befindlichen Dohle entstandenen Unfall?	19
7.	Inwiefern haftet eine Amtskörperschaft dafür, daß die von ihr zu unterhaltenden Straßen sich in einem gefahrlosen Zustand befinden? (Art. 202. 204 AG. BGB.; §§ 831. 89. 31 BGB.) .	22
8.	Ist ein Hilfsschreiber eines Landgerichts ein „Beamter" im Sinn des Reichsmilitärpensionsgesetzes	25
9.	Zur Auslegung von § 100 Ziffer 3, § 102c des Reichsmilitärpensionsgesetzes	30
10.	Nimmt der stille Gesellschafter eines Fabrikanten teil an dem Gewinn, der durch Erteilung von Lizenzen betreffs eines dem Fabrikanten patentierten Apparats erzielt wird?	33
11.	Kann eine wegen formeller Mängel nicht zur Entstehung gelangte G. m. b. H. als offene Handelsgesellschaft angesehen werden?	36

225596

Seite

12. Inwiefern kann ein unter Verwendung eines Freizeichens gebildetes Warenzeichen ein ausschließliches Recht im Sinne des § 12 des Warenzeichengesetzes begründen? 37
13. 1. Sondergutseigenschaften von Sachen, die an sich zur Errungenschaft gehören würden, zufolge Vereinbarung der Eheleute.
2. Zur Auslegung des § 45 KO. 39
14. 1. Zum Begriff der Verzeihung i. S. des § 1570 BGB.
2. Eine Partei, die auf Ehescheidung klagt, kann nicht beanspruchen, daß, wenn ein von ihr geltend gemachter Ehescheidungsgrund durchgreift, auch die andern von ihr geltend gemachten Scheidungsgründe gewürdigt werden 41
15. Das Vermächtnis eines Wohnungsrechts begründet bei Aufgabe der Wohnung keinen Anspruch auf die vom Beschwerten durch Vermieten der Wohnung gezogenen Früchte 44
16. 1. Behandlung von Eigentümer-, Amortisations- und Sicherungshypotheken im Zwangsversteigerungsverfahren.
2. Zur Auslegung des § 37 Ziff. 4 Zwangsverst.-Ges. und Art. 215 AG. z. BGB. 47
17. Kann das Gericht trotz Widerspruchs einer Partei beschließen, von vollständiger Erledigung eines Beweisbeschlusses abzusehen? 58
18. Zur Auslegung des § 888 CPO. 59
19. 1. Zur Auslegung des § 9a GKG.
2. Streitwert bei einer Klage auf Feststellung der Verpflichtung aus einem Versicherungsvertrag 64
20. Zur Auslegung des § 906 BGB. 66
21. Unrichtige Bezeichnung des Klägers in der schriftlichen Klage, wenn statt des Ortsarmenverbands die Ortsarmenbehörde als Kläger bezeichnet ist? 69
22. Zulässigkeit des Rechtswegs. (Zur Auslegung des Art. 2 Ziffer 5 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege vom 16. Dezember 1876) 70
23. Voraussetzungen der Haftung des Staates für die Folgen einer unerlaubten Handlung, die ein in einer Staatsirrenanstalt untergebrachter Geisteskranker außerhalb der Anstalt verübt hat . 133
24. Hat für das Verschulden eines Gerichtsvollziehers in Vollziehung eines Pfändungsauftrags gemäß Art. 202 AGBGB. der Staat bezw. die Gemeinde zu haften? 138
25. Haftung des Eigentümers einer Wirtschaft für die von seinem Wirtschaftsführer, der angeblich in Wirklichkeit Pächter war, bezogenen Lieferungen? 139
26. Anwendung des § 254 BGB. in einem Fall des § 1 des Haftpflichtgesetzes? 143

Seite

27. 1) Voraussetzungen des Gläubigerverzugs (Auslegung des § 295 BGB.)
2) Ist der Gläubiger verpflichtet, im Fall der Bezahlung seiner Hypothekenforderung dem Schuldner eine Löschungsbewilligung zu erteilen? 147
28. Voraussetzungen der Anfechtung des Kaufs eines Werks des Kunstgewerbes wegen Unechtheit 156
29. Mangel genügender Bestimmtheit einer Darlehenszusage . . 158
30. Haftung eines Gastwirts für Beschädigung eines in seinem Stall eingestellten Pferds 163
31. 1) Haftung eines Stallwirts für Beschädigung eines bei ihm eingestellten Tiers.
2) Zur Auslegung des § 255 BGB. 168
32. „Beschränkung" des Kündigungsrechts im Sinn des § 723 Abs. 3 BGB. 171
33. Zur Auslegung des § 836 BGB. 173
34. Inwiefern kann eine Vereinbarung, wodurch ein Mitglied eines eine juristische Person darstellenden Vereins seine Mitgliedsrechte an einen Dritten abtritt, nach Maßgabe der Konkursordnung oder des Anfechtungsgesetzes anfechtbar sein? 174
35. 1) Verhältnis des § 337 Abs. 2 zu § 336 HGB.
2) Eine Einlage ist nicht bloß dann „rückständig" i. S. des § 337 Abs. 2 HGB., wenn sie schon fällig ist 179
36. Haftung dessen, der einen Wechsel in blanco acceptiert hat, wenn ihm der Wechsel vor der Begebung gestohlen worden ist? . 181
37. Zur Auslegung des § 6 des Wettbewerbgesetzes (Begriff der „Behauptungen tatsächlicher Art") 183
38. „Betrieb" und „höhere Gewalt" im Sinn des Haftpflichtgesetzes 185
39. Kann der Verpflichtung eines Wirts, sein Bier während eines bestimmten Zeitraums von einer bestimmten Brauerei zu beziehen, durch Eintragung in das Grundbuch dingliche Wirkung verschafft werden? 190
40. Ist die Pfändung von in einem verschlossenen Raum lagernden Waren rechtswirksam vollzogen, wenn der Verpfänder von mehreren, zur Oeffnung des Raumes geeigneten Schlüsseln dem Gläubiger nur einen aushändigt? 193
41. Anspruch auf Ersatz erlittenen Schadens oder entgangenen Gewinns im Fall des Verlöbnisbruchs (§ 1298 BGB.). . . . 197
42. Zur Auslegung des § 1591 Abs. 1 Satz 2 BGB. 200
43. Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte für einen Streit über Gewährung des Unterhalts seitens eines Elternteils an Kinder 201

Seite

44. Testamentserrichtung durch mündliche Erklärung des letzten Willens (§ 2238 BGB.) 203

45. 1) Ist für einen Anspruch gegen eine Gemeinde auf Gewährung eines Teils der Pferchnutzung als Beitrag zur Pfarrbesoldung der Civilrechtsweg zulässig?
2) Herkommen als Rechtsgrund eines solchen Anspruchs . . 206

46. 1) Umfang der Zulässigkeit des Rechtswegs für Ansprüche betreffs Kirchenbaulast.
2) Ist ein Anspruch auf Feststellung der Kirchenbaupflicht gegen den Eigentümer der Kirche möglich?
3) Zum Begriff des Herkommens 212

47. Unzulässigkeit des Rechtswegs für einen auf übermäßige Benutzung eines Gewässers gestützten Schadensersatzanspruch, wenn die Parteien darüber streiten, ob das Gewässer ein öffentliches ist 217

48. 1) Ist zur Entscheidung eines Rechtsstreits, der den Anspruch eines Balletmeisters gegen einen Zirkusbesitzer auf Gehaltszahlung betrifft, das Gewerbegericht zuständig?
2) Rechtliche Natur des zwischen solchen Personen in betreff von Leistungen des Balletmeisters geschlossenen Vertrags . 221

49. Wirkungen der Streitverkündung (§§ 68, 74 CPO.) . . . 223

50. Kann eine pfandrechtlich gesicherte Forderung, die nach der Sachlage bei Ausbruch des Konkurses über das Vermögen des Schuldners in ihrem ganzen Umfang als Konkursforderung zu betrachten war, nachträglich zur bloßen Ausfallsforderung werden? 226

51. Können Reisekosten des am Ort des Prozeßgerichts wohnhaften Prozeßbevollmächtigten einer Partei deshalb gestrichen werden, weil die Partei sich eines an ihrem Wohnort ansäßigen Anwalts hätte bedienen können? 233

52. Inwieweit ist eine Widerklage nach Erledigung der Vorklage möglich? 235

53. Zur Auslegung der §§ 93, 94 BGB. (wesentliche Bestandteile) 283

54. Gegen die guten Sitten verstoßendes Rechtsgeschäft? § 138 BGB. 285

55. Ist der Anspruch des Maklers auf Provision begründet, wenn der unter einer auflösenden Bedingung abgeschlossene Kauf sich durch Eintritt der Bedingung auflöst? 287

56. Ist die Unterlassung der Rüge, daß eine Prozeßvorschrift verletzt sei (§ 295 CPO.), von Bedeutung für die Unterbrechung der Verjährung? 288

57. Haftung des Verkäufers eines „Bauplatzes", dessen Ueberbaubarkeit gemäß Art. 224 AG. BGB. beschränkt ist (§§ 459, 434 BGB.)? 290

Seite

58. Garantievertrag 293
59. Haftung eines Bankiers aus Raterteilung betreffs des Ankaufs von Spekulationspapieren 295
60. Haftung eines Wirts für einen Unfall, den in seinem Hofraum ein Gast durch Absturz erleidet? 297
61. Ist Art. 9 Abs. 2 des Gesetzes vom 19. Mai 1852 über die polizeilichen Beschränkungen der Versicherung des beweglichen Vermögens gegen Feuersgefahr durch § 121 des Reichsges. vom 12. Mai 1901 über die privatrechtlichen Versicherungsunternehmungen aufgehoben? 300
62. Umfang und Inhalt des durch ein eingetragenes Warenzeichen gewährten Schutzrechts 307
63. 1) „Erschleichung" eines Patents?
2) Verpflichtung des Patentverletzers zur Rechnungslegung . 311
64. 1) Sicherungsübereignung oder Scheingeschäft?
2) Verzicht als wegen Formmangels ungültige Schenkung? . 313
65. Wer ist als „Störer" i. S. des § 1004 BGB. anzusehen? . 316
66. Liegt eine Verpfändung von Wechselforderungen darin, daß die betreffenden Wechsel einem Gläubiger „in Depot gegeben" werden? 318

B. in Strafsachen.

1. Was ist unter Erscheinungsort einer Druckschrift zu verstehen? 73
2. Ist die Berichtigungsvorschrift nach § 11 des Preßgesetzes rein formeller Natur? 78
3. Die Antrags- und Verjährungsfrist für die Zuwiderhandlung gegen die Berichtigungsvorschrift des Preßgesetzes. — Ist diese Zuwiderhandlung ein Dauerdelikt? 81
4. Zur Auslegung des § 193 StGB. 237
5. Der Gebrauch eines Beinamens als Beleidigung 240
6. 1) Inwiefern ist bei Verurteilung wegen Jagdvergehens die Frage eines möglichen Eigentumserwerbs zu entscheiden?
2) Erwirbt ein Jagdgast an einem erlegten Wild mit dem Besitz auch das Eigentum für den Jagdberechtigten? . . 323
7. Gehört die Jagdausübung zum Tatbestand einer Uebertretung des Art. 17 Ziff. 4 des Jagdgesetzes vom 27. Okt. 1855? . 327
8. 1) Zur Frage der formellen Einlegung der Revision.
2) Zur Auslegung der Kais. Verordnung vom 22. Okt. 1901 betr. den Verkehr mit Arzneimitteln; zum Begriff von Pechpflaster 329
9. Inwiefern ist die polizeiliche Anmeldung eines Arbeiters durch

Seite

den minderjährigen Sohn des Arbeitgebers als unterlassene Anmeldung anzusehen und strafbar 432
10. Die Strafbarkeit eines Bauakkordanten wegen unterlassener Erstellung einer Schutzhütte für Vornahme von Steinhauerarbeiten 336
11. Zum Tatbestand einer Verfehlung wider die K. Verordnung betr. die bürgerliche Feier der Sonn- und Festtage 341
12. Betrug oder Steuerdelikt? 345
13. Das Recht des Stationsbeamten zur Sistierung eines Eisenbahnfahrgasts (§ 113 StGB.) 347
14. 1) Zum Begriff der Notwehr.
2) Die Zeitdauer des unbefugten Verweilens im Sinne des § 123 StGB.
3) Ist gegenüber einem Notwehrakt die Berufung auf § 193 StGB. zulässig? 352
15. 1) Verhältnis des Art 28a PolStG. zum Reichsgesetz betr. den unlauteren Wettbewerb.
2) Zur Auslegung des § 20 des Preßgesetzes 359
16. Sind Ehegatten aus § 288 StGB. strafbar, wenn bei drohender Zwangsvollstreckung die Ehefrau die auf ihren Namen sowie die auf den Namen eines Kinds eingetragenen Sparkassenlagen auf den Namen des Ehemanns umschreiben ließ? 367
17. Hat die Steuerbehörde die Anbringung der Revisionsanträge durch einen Rechtsanwalt unterzeichnen zu lassen? 374

II. Entscheidungen des Verwaltungsgerichtshofs.

1. Herkommen in der Bedeutung des Ersatzes für den Nachweis des rechtsgültigen Abschlusses eines öffentlich-rechtlichen Vertrags über Unterhaltung eines Nachbarschaftswegs. Streit über die öffentlich-rechtliche Eigenschaft der übernommenen Unterhaltungspflicht und über die Zulässigkeit des Verwaltungsrechtswegs 89
2. Auslegung der Worte „zu tragen oder zu ersetzen" in Art. 15 Abs. 1 der Bauordnung. Zurückvergütung der durch Hingabe und Annahme an Erfüllungsstatt bezogenen Leistung eines nicht geschuldeten Straßenkostenbeitrags; Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte nach Art. 10 Ziff. 7 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes. 99
3. Rechtsbeschwerde gegen eine unter Vorbehalt gerichtlicher Entscheidung ergangene Verfügung des K. Ministeriums des Kirchen- und Schulwesens, betreffend die Erziehungsreligion eines Kindes. 110

Digitized by Google

Seite

4. Zu Art. 2 des Umsatzsteuergesetzes vom 28. Dezember 1899. 117
5. Zu Art. 2 des Umsatzsteuergesetzes vom 28. Dezember 1899. Die Abtretung des in eigenem Namen handelnden Bevollmächtigten an den Auftraggeber unterliegt nicht der Steuerpflicht. 119
6. Amtsniederlegung eines Ortsvorstehers. Widerruflichkeit dieser Erklärung? 243
7. Zur Auslegung des § 124 des Verwaltungsedikts 245
8. Zu §§ 3 u. 49 des Krankenversicherungsgesetzes vom 15. Juni 1883 u. Art. 38 Abs. 1 des Gesetzes vom 25. Juni 1894, betreffend die Pensionsrechte der Körperschaftsbeamten . . . 249
9. Unterliegt das Einkommen aus einer Unterbeteiligung an einer offenen Handelsgesellschaft der Kapitalsteuer? 253
10. Zu Art. 2 des Umsatzsteuergesetzes vom 28. Dezember 1899 (Kauf mit dem Vorbehalt, eine noch zu gründende Aktiengesellschaft als Käuferin zu bezeichnen) 263
11. Zu Art. 1, 7 Abs. 1 u. 40 des Erbschaftssteuergesetzes vom 2. Dezember 1899. (Bedeutung eines Erbabfertigungsvertrags für den Ansatz einer Erbschaftssteuer) 271
12. Unter welchen Voraussetzungen unterliegt die Entfaltung einer gewerblichen Tätigkeit seitens eines Auswärtigen in Württemberg der württemb. Gewerbesteuer? 379
13. Zur Frage der Doppelbesteuerung 384
14. Dienstliche Stellung des Verwaltungsaktuars; Kündbarkeit . 389
15. Erbschaftssteuer. — Gemeiner Wert des angefallenen Vermögens 394
16. Die Gemeinden sind nicht befugt, die Beiträge für die landwirtschaftlichen Berufsgenossenschaften als einen Teil des Gemeindeschadens umzulegen 398
17. Der ungeprüfte Gehilfe eines Bezirksnotars ist krankenversicherungspflichtig 402
18. Welcher Krankenkasse sind Beamte einer Aktiengesellschaft zuzuweisen, die in einem Zweigbureau außerhalb des Hauptsitzes des Gewerbebetriebs ausschließlich beschäftigt sind? 406

III. Abhandlungen.

Verkehrswesentliche und gebrauchserhebliche Eigenschaften einer Sache und der Irrtum des § 115 und der §§ 459 ff. BGB. Von R.A. Dr. Schefold, Ulm. 126

IV. Literarische Anzeigen.

Gutbrod, Der obligatorische Grundstücksveräußerungsvertrag . 132
Stierle, Die Haftung für Tiere im BGB. 132

Seite

Wolfarth und Waas, Die Verjährungsfristen der deutschen Reichs- und württembergischen Landesgesetzgebung 132
Staudinger, Kommentar zum BGB. Zweite Auflage. 132. 409
Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts, 3. Band: Rechte an Sachen und an Rechten 409
Skoniezki u. Gelpcke, CPO. u. GVG. für das Deutsche Reich nebst den Einführungsgesetzen und den preuß. Ausführungsgesetzen auf Grund der Rechtsprechung erläutert . . . 409
Beling, Professor Dr. Ernst,
1) Württembergische Strafgesetzgebung, Textausgabe mit Anmerkungen 410
2) Fälle aus dem Strafprozeßrecht zum akademischen Gebrauch 410
3) Grundzüge des Strafrechts 410
4) Die Lehre vom Verbrechen 411
Sörgel, Dr., Rechtsprechung 412

I.

Entscheidungen des Oberlandesgerichts.

A. in Civilsachen.

1.

Eigenes Verschulden einer Person, die bei einer Eisenbahnfahrt infolge davon verunglückt ist, daß sie während der Fahrt auf die Plattform des Wagens hinausgetreten ist.

Der bei der Beklagten gegen Unfall versicherte Ehemann bezw. Vater der Kläger ist auf einer Eisenbahnfahrt zwischen Weinsberg und Heilbronn verunglückt. Er hat während der Fahrt die vordere Wagentüre geöffnet und ist auf die Plattform des Wagens hinausgetreten, wobei er die Wagentüre hinter sich schloß. Nachher wurde seine Leiche zwischen den Geleisen liegend gefunden. Nach den Versicherungsbedingungen der Beklagten berechtigen zu Ersatzansprüchen nicht „Unfälle, welche sich der Versicherte durch grobe Fahrlässigkeit oder Mutwillen, durch Nichtbeachten der für den Schutz von Leben und Gesundheit bestehenden Gesetze, Verordnungen, öffentlichen und privaten Warnungen und Sicherheitsvorschriften zuzieht." Die auf Auszahlung der Versicherungssumme gerichtete Klage ist abgewiesen worden, vom Berufungsgericht aus folgenden

Gründen:

Wenn auch die unmittelbare Ursache des Absturzes des Verunglückten nicht ermittelt ist und nach Lage der Sache

nicht ermittelt werden kann, so ist doch der ursächliche Zusammenhang zwischen dem Absturz sowie dem dadurch herbeigeführten Tod und dem Heraustreten des Verunglückten auf die Plattform unter allen Umständen gegeben, und er würde auch nicht durch das Dazwischentreten eines dem Verunglückten nicht zur Schuld anzurechnenden Zufalls, der den Absturz selbst bewirkt hätte, unterbrochen worden sein. Denn jeder derartige Zufall konnte eben nur deshalb in Wirkung treten, weil der Verunglückte sich auf die Plattform begeben hatte. Wenn daher das Heraustreten auf die Plattform eine Handlung darstellt, welche als grobe Fahrlässigkeit anzusehen ist oder unter Nichtbeachten eines zum Schutz von Leben und Gesundheit getroffenen Verbots begangen worden ist, so ist die Voraussetzung des § 4 der Versicherungsbedingungen gegeben, durch welche der Versicherungsanspruch verwirkt wird.

Daß das in den Eisenbahnwagen angeschlagene Verbot zum Schutz von Leben und Gesundheit der Reisenden gegeben worden ist, kann nach dessen Inhalt keinem Zweifel unterliegen. Es ist nun nicht erheblich, ob der Verunglückte dieses Verbot gelesen hat, ehe er das Wageninnere verließ, oder nicht, und ob es überhaupt in dem betreffenden Wagen angeschlagen war. Denn das Verbot ist allgemein bekannt, und wenn je der Verunglückte dasselbe nicht gekannt haben sollte, so wäre es eine grobe Fahrlässigkeit von ihm gewesen, sich mit dem Verbot nicht bekannt zu machen. Uebrigens hat das Berufungsgericht als festgestellt angenommen, daß der Verunglückte mit dem allgemein bekannten Verbot selbst bekannt gewesen ist. Ein „Nichtbeachten" eines Verbots oder einer Warnung, wie dies § 4 voraussetzt, liegt nun aber nicht unbedingt schon dann vor, wenn jemand in Kenntnis des Verbots die verbotene oder verwarnte Handlung vornimmt, sondern erst dann, wenn er das Verbot *muntwillig* übertritt, d. h. wenn er es ohne einen die Nichteinhaltung rechtfertigenden Grund unbeachtet läßt. Wenn bei dem Verunglückten ein Grund vorgelegen wäre, der es ihm etwa zur Pflicht gemacht hätte, trotz des Verbots den Wagen zu ver-

lassen, so könnte die Beklagte dem Versicherungsanspruch gegenüber sich nicht auf die Bestimmung des § 4 berufen. Ein solcher Grund ist jedoch nirgends ersichtlich. Was die Kläger in dieser Richtung vorgebracht haben, ist nicht geeignet, die Nichtbeachtung des Verbots zu rechtfertigen. Es ist von vornherein ganz unwahrscheinlich, daß der Verunglückte auf der kurzen Fahrt von Weinsberg nach Heilbronn den Wagen verlassen haben soll, um den Abort im Gepäckwagen aufzusuchen; und wenn er dies je getan hätte, so wäre dies unter den vorliegenden Umständen, wo es sich nur um eine verhältnismäßig kurze Zeitspanne handelte, bis der Zug auf der Station eintraf, kein Grund gewesen, der die Mißachtung des Verbots gerechtfertigt hätte. Wenn sodann auch unterstellt werden mag, daß der Verunglückte an Beschwerden litt, die ihm das Aufsuchen von frischer Luft zum Bedürfnis machten, so konnte er doch diesem Bedürfnis durch Oeffnen des Fensters abhelfen, ohne deshalb auf die Plattform treten zu müssen; und es kann auch hieraus kein Grund entnommen werden, dem Verbot entgegen zu handeln. Auch wenn der Beklagten, welche das Vorliegen der Voraussetzungen des § 4 zu beweisen hat, die Beweispflicht auferlegt wird dafür, daß der Verunglückte das Verbot ohne gerechtfertigten Grund unbeachtet gelassen hat, und darum der Beweis von ihr gefordert wird, daß ein solcher Grund nicht vorlag [1]), so kann ihr doch nicht auferlegt werden, das Ausgeschlossensein jedes irgendwie möglichen Grundes darzutun, sondern nur so viel, darzulegen, daß nach den Umständen des Falls ein derartiger Grund nirgends zu erkennen ist. Diese Darlegung hat das Gericht als gegeben erachtet, zumal auch die Kläger keinerlei Tatsachen vorzubringen wissen, aus denen sich ein genügender Grund zur Rechtfertigung der Verbotsübertretung entnehmen lassen könnte.

Dieselben Erwägungen mußten zu der Feststellung führen, daß das Verlassen des Wagens eine grobe Fahrlässigkeit

1) vgl. Entsch. des Reichsger. Bd. 10 S. 10.

dargestellt hat. Das Hinaustreten auf die Plattform während der Fahrt ist für jeden mit dem Begehen der Bahnzüge von Wagen zu Wagen nicht vertrauten Mann eine gefährliche Handlung, weil die Bewegungen und Stöße des in der Fahrt befindlichen Zugs ein sicheres Gehen nicht ermöglichen, und jeder Fehltritt den mit besonders schweren Folgen verbundenen Sturz des Gehenden oder Stehenden herbeiführen kann. Diese Gefahr ist jedem einsichtigen Mann bekannt. Wer sich aber ohne einen solchen Grund, der die Uebernahme der Gefahr im gegebenen Fall rechtfertigt, in diese Gefahr begibt, handelt grob fahrlässig. Wenn es sodann auch hier demjenigen, der die grobe Fahrlässigkeit darzutun hat, obliegt, zu beweisen, daß der Handelnde ohne einen solchen Grund sich in die Gefahr begeben hat, so hat doch die Beklagte ihrer Beweispflicht genügt, nachdem feststeht, daß der Verunglückte den Wagen unter Umständen verlassen hat und auf die Plattform hinausgetreten ist, welche nirgends einen die Uebernahme der hiemit verbundenen Gefahr rechtfertigenden Grund erkennen lassen.

Urteil des I. Civilsenats vom 13. Juli 1903 i. S. Barth gegen Preußische Nationalversicherungsgesellschaft.

2.

Möglichkeit einer Klage teils auf Leistung einer Vertragsstrafe, teils auf Vertragserfüllung (§ 340 B.G.B.).

Durch schriftlichen Vertrag vom Dezember 1901 hat Klin. den Bekln. als Lehrer an ihrer Berlitz-Schule in Stuttgart angestellt. In § 6 des Vertrags hat sich Bekl. verpflichtet: „à ne pas donner des leçons de langues durant la première année de sa sortie volontaire ou involontaire dans la ville de Stuttgart sous peine d'amende de cent marks par mois.“

Am 20. Sept. 1902 ist Bekl. aus seiner Stellung bei der Klin. ausgetreten. Jedenfalls seit 20. Oktober 1902 leitet er in Stuttgart eine Sprachschule für moderne Sprachen. Klin. hat Klage erhoben mit dem Antrag, den Bekln. für schuldig zu erklären 1. ihr (für die Zeit vom 20. Oktober

1902 bis 20. Februar 1903) 400 Mk. mit 4 % Zinsen seit 6. Februar 1903 zu bezahlen, 2. bei Strafe die Erteilung von Sprachunterricht innerhalb der Stadt Stuttgart vom 20. Februar 1903 bis 20. September 1903 zu unterlassen.

Bekl. hat, indem er den Anspruch Ziff. 1 der Klage anerkannte, betreffs des Anspruchs Ziff. 2 Klagabweisung beantragt, indem er geltend machte: Klin. könne, nachdem sie sich für Forderung der Vertragsstrafe entschieden, nicht mehr Erfüllung verlangen; die Bemessung der Strafe nach Zeitabschnitten rechtfertige eine derartige Teilung des Anspruchs nicht. Es wurde auch dem zweiten Klagantrag entsprochen, aus folgenden

Gründen:

Nach § 340 B.G.B. kann, wenn der Schuldner für den Fall der Nichterfüllung seiner Verpflichtung eine Strafe versprochen hat, der Gläubiger nicht beides, Strafe und Erfüllung, verlangen (wofern nicht das Gegenteil vereinbart ist.). Ist die Strafe in einer Summe festgesetzt, so kann der Gläubiger nicht einen Teil der Strafe und einen Teil der Erfüllung verlangen, schon deshalb nicht, weil es an einem sichern, vertraglichen Maßstab dafür fehlt, daß ein bestimmter Teil der Strafe einem bestimmten Teil der Erfüllung entspricht. Anders liegt aber die Sache, wenn — wie im gegenwärtigen Falle — die Leistung, zu der der Schuldner nach dem Vertrag verpflichtet ist, in einer Unterlassung besteht, die während gewisser Zeit zu erfolgen hat, und die Vertragsstrafe sich nach den Zeitabschnitten richtet, während deren der Schuldner die untersagte Handlung vertragswidrig vornimmt. Wenn Bekl. nur während des ersten Monats des Sperrjahrs in Stuttgart Sprachunterricht erteilt hätte, hätte er zweifellos nur eine Vertragsstrafe von 100 Mk., nicht von 1200 Mk. verwirkt; hätte er im zweiten und dritten Monat des Sperrjahrs die Erteilung solchen Sprachunterrichts unterlassen, sie aber im vierten Monat wieder aufgenommen, so hätte er für diesen vierten Monat abermals eine Vertragsstrafe von 100 Mk. verwirkt. Hieraus folgt, daß

die Vertragsstrafen für die zwölf Monate des Sperrjahrs selbständig nebeneinander stehen, daß es sich in Wirklichkeit nicht um eine einheitliche Vertragsstrafe, sondern um 12 Vertragsstrafen von je 100 Mk. für jeden Monat handelt, so daß für einzelne Monate die Strafe verwirkt sein kann, für andere nicht. Der Anspruch der Klin. auf die Vertragsstrafe entsteht je erst, wenn Bekl. in dem betreffenden Monat seine Vertragspflicht nicht erfüllt; wenn sie daher in betreff des einen Monats Zahlung der Vertragsstrafe, in betreff anderer Monate Vertragserfüllung verlangt, so verstößt dies nicht gegen § 340 B.G.B., die Vertragsstrafen *für die Monate*, betreffs deren die Erfüllung verlangt wird, sind *nicht* verlangt worden und deshalb ist für die betreffenden Zeitabschnitte der Anspruch auf Erfüllung nicht (gemäß § 340 B.G.B.) ausgeschlossen.

Man könnte daran denken, den § 6 des Vertrags dahin auszulegen, daß hienach im Fall der Nichterfüllung der dem Bekl. auferlegten Verpflichtung Klin. *nur* Anspruch auf die Vertragsstrafe, nicht auch — wahlweise — auf Erfüllung der vertragsmäßigen Verpflichtung habe. Indessen hat Bekl. selbst im landgerichtlichen Verfahren eine Behauptung dahin, daß der Vertrag so gemeint sei, nicht aufgestellt, und es ist mindestens zweifelhaft, ob er im Berufungsverfahren dies hat behaupten wollen: denn er hat hier erklärt: „es handle sich *einzig* um die Frage, ob eine nach den Zeitabschnitten geregelte Vertragsstrafe in der Weise geteilt werden könne, wie dies die Klin. und der Unterrichter annehmen." Jene Auslegung wäre aber auch nicht begründet. Eine der Bestimmung des § 75 H.G.B. entsprechende Gesetzesvorschrift besteht für Dienstverträge des bürgerlichen Rechts nicht. Das normale ist, daß der Gläubiger — auch wenn der Schuldner eine Strafe für den Fall versprochen hat, daß er seine Verpflichtung nicht erfüllen würde, — einen Anspruch auf Vertragserfüllung hat; soll ein solcher Anspruch ausgeschlossen sein, so muß dies mit klaren, unzweideutigen Worten geschehen; die Wendung: der Schuldner verspreche eine Leistung

„bei Strafe einer Geldbuße von 100 Mk. monatlich“ („sous peine d'amende de cent Marks par mois“), zwingt keineswegs zu der Annahme, daß der Anſpruch auf Erfüllung ausgeſchloſſen werden wollte. Gegen einen ſolchen Ausſchluß ſpricht die Erwägung, daß diesfalls der Gläubiger nicht ſelten — bei Mittelloſigkeit des Schuldners — gegenüber dem vertragswidrigen Verhalten des Schuldners völlig ſchutzlos wäre, während der Anſpruch auf Erfüllung gemäß § 890 C.P.O. durch Androhung und Verhängung von Haftſtrafen erzwingbar iſt.

Urteil des I. Civilſenats vom 7. April 1903 i. S. Newcomen g. Preuß.

3.

Werkvertrag: Vorausſetzungen eines Anſpruchs auf Schadenserſatz und der Wandlung wegen Mängel eines gelieferten Werks.

Gegenüber der Klage, die auf Bezahlung des Reſts der für Erſtellung eines Backofens vereinbarten Vergütung gerichtet war, hat Beklagter im Weg der Aufrechnung und Widerklage Gegenforderungen als Anſprüche auf Schadenserſatz und aus Wandlung geltend gemacht. Hierüber ſagen die

Gründe

des Berufungsurteils:

Der Beklagte macht an erſter Stelle Schadenserſatz geltend, und zwar zunächſt einen ſolchen Schadenserſatzanſpruch, der neben Wandlung oder Preisminderung ſtatthaft wäre alſo zunächſt abgeſehen von dem durch § 635 B.G.B. ſtatt der Wandlung oder Minderung beſonders gegebenen Schadenserſatzanſpruch. Die Möglichkeit eines ſolchen allgemeinen Schadenserſatzanſpruchs iſt auch ohne das Zutreffen des nicht in Betracht kommenden § 823 B.G.B., und zwar innerhalb eines Vertragsverhältniſſes nach den Beſtimmungen des § 276 B.G.B. ff. anzunehmen, ſoweit ein Schaden im

Sinne dieser Bestimmungen durch Verschulden eingetreten ist [1]).

Aber ein Zuwiderhandeln gegen Vertragsbestimmungen begründet nicht an und für sich schon ein vorsätzliches oder fahrlässiges Verschulden, vielmehr muß durch besondere Umstände das Vorliegen eines solchen und einer dadurch herbeigeführten Schädigung nachgewiesen sein. Im vorliegenden Fall fehlt es an einem solchen Nachweis. (Dies wird näher ausgeführt, sodann fahren die Gründe fort:) Hienach ist weiter zu prüfen, ob ein statt der Wandlung oder Preisminderung durch § 635 B.G.B. zugelassener Schadensersatzanspruch begründet ist, weil die Mängel des Werkes auf Umständen beruhen, die der Unternehmer zu vertreten hat.

Zu vertreten ist neben dem Verschulden (§ 276 B.G.B.) das Nichtvorhandensein einer besonders gewährleisteten Eigenschaft (garantierten Eigenschaft), nicht schon einer zugesicherten Eigenschaft. Dies geht im Gegensatz zu der Gestaltung bei dem Kauf § 463 B.G.B. aus der Fassung und Entstehung des § 635 B.G.B. hervor, wie der Entwurf I § 569 und die Motive hiezu S. 479 unten, S. 481 ergeben [2]). Es kann hier dahingestellt bleiben, inwiefern neben der zuvor erörterten allgemeinen Haftung für Verschulden bei der Vertragserfüllung durch § 635 B.G.B. noch eine besondere Haftung für Verschulden bestimmt ist, denn ein Verschulden des Klägers ist nach dem bereits Ausgeführten überhaupt nicht dargetan.

Eine besondere Gewährleistung ist gegenüber dem Mangel der genügenden Aufnahmefähigkeit des Ofens auch nicht dargetan.

Vielmehr fragt es sich weiter, ob dem Beklagten Wandlung zusteht, namentlich, ob der Beklagte tatsächlich und rechtlich noch in der Lage ist, zu wandeln.

1) Staub, H.G.B. zu § 347 Anm. 11, zu § 377 Anm. 91 u. bes. 93 (S. 1368); R.G. Bd. 52 S. 18, Bd. 53, S. 201.

2) Dernburg, Bd. II § 320 IV S. 438, Planck, zu § 635 B.G.B. Anm. 2.

Auf Grund der Beweisaufnahme ist anzunehmen, daß bei dem Abbruch des vom Kläger erbauten Ofens im November 1901 die feuerfesten Steine, Verblendsteine und die Eisenarmaturen, also die wertvolleren und erhaltbaren Bestandteile nicht wieder zu dem neuen Ofen verwendet, sondern, soweit sie erhalten blieben, im Anwesen des Beklagten unter Bedeckung gelagert worden sind, wo sie sich jetzt noch befinden.

Aus den Angaben des J. geht aber ferner hervor, daß eine Wiederverwendung der Bestandteile des vom Kläger erbauten Ofens zu dem neuen Ofen in der Vereinbarung mit dem Erbauer des neuen Ofens, St., vorgesehen war.

Warum diese Wiederverwendung nicht stattfand, ergibt sich in teilweisem Gegensatz zu dem jetzigen Vorbringen des Beklagten gleichfalls aus den Angaben des J. Der Erbauer des neuen Ofens hat den Beklagten durch die Bezeichnung dieser Bestandteile als minderwertig bewogen, von der Verwendung abzustehen. Es ergibt sich aber aus den Angaben des Zeugen St. die Annahme, daß die Bestandteile des Ofens zum größten Teile wieder verwendbar sein mußten, daß aber der Erbauer eines neuen Ofens keinen Anlaß hat, solche Bestandteile als wieder verwendbar darzustellen, oder aus dem Abbruch hervorgehen zu lassen.

Ein Werk, wie das vorliegende, eignet sich überhaupt wenig zur Wandlung, es wird durch den Abbruch, der hiezu nötig ist, zunächst zerstört, und die Bestandteile sind zwar wieder verwendbar, wie St. dartut, aber mehr nur zum Wiederaufbau an Ort und Stelle nach einem sorgfältigen Abbrechen. Es ist nun zwar mit Rücksicht hierauf nicht so weit zu gehen, daß Wandlung überhaupt als durch den Vertragssinn ausgeschlossen betrachtet wird, aber Treu und Glauben begründen unter diesen Umständen besonders strenge Anforderungen für die Voraussetzungen der Wandlung.

Namentlich ist geboten, daß dem Unternehmer ausreichende Gelegenheit zur Mitwirkung bei dem Abbruch gegeben wird, und ein Nichtgewähren solcher Gelegenheit kann

unter Umständen als Verzicht auf die Wandlung anzusehen sein. Im vorliegenden Fall ist eine solche Gelegenheit zur Ueberwachung des Abbruchs und zur Uebernahme der abgebrochenen Bestandteile nach der Darstellung beider Parteien nicht gegeben worden und sie konnte gar nicht gegeben werden, weil zur Zeit des Abbruchs, wie ausgeführt, eine Rückgabe der Bestandteile nicht beabsichtigt, vielmehr deren Verwendung zu dem Neubau vorgesehen war.

In dieser Vereinbarung nun, die eine Wiederverwendung der Bestandteile des Ofens vorsah, liegt bereits ein Verzicht auf die Wandlung. Dieser Verzicht war dem Kläger gegenüber zunächst noch nicht ausgesprochen und nicht bindend, ist aber auch ihm gegenüber eben dadurch zum Ausdruck gebracht worden, daß ihm infolge jener Vereinbarung die Gelegenheit zur Mitwirkung bei dem Abbruch nicht gegeben wurde, die mit einer Wandlung hätte verbunden werden müssen. Das Zusammentreffen dieser beiden Umstände, der Vereinbarung wegen der Wiederverwendung und der Unterlassung der durch Treu und Glauben gebotenen Maßnahmen, ergibt einen dem Kläger gegenüber zum Ausdruck gebrachten Verzicht auf die Wandlung, der vom Kläger auch angenommen und geltend gemacht ist, indem vorgebracht wird, der Beklagte sei nach seinem Verhalten nicht mehr zur Wandlung berechtigt. Die Frage, ob nicht bei Unmöglichkeit der Wiederverwendung der Bestandteile infolge einer erst bei dem Abbruch erkannten Geringwertigkeit der Verzicht auf die Wandlung wieder in Wegfall gekommen wäre, kann dahingestellt bleiben, da eine solche Geringwertigkeit nach dem Zeugnisse des St. nicht angenommen werden kann. Die gesetzlichen Bestimmungen über die Wandlung und das vertragsmäßige Rücktrittsrecht § 467, §§ 346—48, 350—54 B.G.B., welche den Ausschluß des Rücktritts regeln, kommen hiegegen nicht in Betracht, da sie, wie namentlich die Bestimmung über die Veräußerung § 353 B.G.B. zeigt, den Ausschluß aus allgemeinen gesetzlichen Gründen regeln, nicht den aus besonderen Erklärungen oder Umständen zu ent-

nehmenden ausdrücklichen oder stillschweigenden Verzicht. Hienach ist die Wandlung nicht mehr zulässig.

Uebrig bleibt noch die vom Beklagten geltend gemachte Preisminderung.

Diese ist nicht ausgeschlossen durch die früheren Erklärungen, mit welchen Wandlung begehrt wurde. (Es wird nun ausgeführt, daß eine Preisminderung begründet ist.)

Urteil des I. Civilsenat vom 4. März 1904 i. S. Hahn g. Bignals.

4.

Pflicht des Kommittenten, über vertragswidrig abgeschlossene Geschäfte dem Kommissionär Rechnung zu legen?

Der Klägerin war durch Vertrag mit der Beklagten für ein bestimmtes Gebiet der ausschließliche Verkauf eines gewissen Buchs übertragen. Entgegen dem Vertrag hat Beklagter selbst mehrfach Exemplare dieses Buchs unmittelbar in dieses Gebiet verkauft. Klägerin hat Klage erhoben mit dem Antrag, die Beklagte für schuldig zu erklären, ihr 1. einen vollständigen Buchauszug über die innerhalb eines näher bezeichneten Zeitraums in dem fraglichen Gebiet abgesetzten Exemplare des genannten Buchs vorzulegen und 2. für jedes derart abgesetzte Exemplar 6 Mk. zu bezahlen. Der Klagantrag Ziffer 1 ist abgewiesen worden, vom Berufungsgericht aus folgenden

Gründen:

Die von der Klägerin in erster Linie geltend gemachte Verpflichtung der Beklagten, ihr einen Buchauszug über die im Vertragsgebiet direkt abgesetzten Exemplare vorzulegen, ist abhängig von der rechtlichen Natur des am 12. November 1900 von den Parteien geschlossenen Vertrags. Daß es sich um keinen Gesellschaftsvertrag handelt, hat der Unterrichter mit zutreffenden Gründen dargelegt. Die Klägerin bezeichnet nunmehr richtig ihr vertragsmäßiges Verhältnis zur Beklagten als das des Kommissionärs. Der § 384

Abs. 2 H.G.B. stellt eine Verpflichtung des Kommissionärs auf, dem Kommittenten Rechenschaft abzulegen, dagegen bestimmt das H.G.B. nichts über eine entsprechende Verpflichtung des Kommittenten gegenüber dem Kommissionär. Auch auf andere gesetzliche Bestimmungen kann die behauptete Verpflichtung der Beklagten nicht gestützt werden. Auf den Kommissionsvertrag finden, soweit das H.G.B. keine Bestimmungen enthält, die Grundsätze über den Dienstvertrag Anwendung.

Nach § 675 B.G.B. werden jedoch, wenn der Dienstvertrag eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstand hat, die Bestimmungen über den Auftrag mit herangezogen. Die in § 675 angeführte auf den Auftrag bezügliche Bestimmung des § 666 B.G.B. spricht aber nur von einer Verpflichtung des Beauftragten zur Rechenschaftsablegung, dagegen nicht von einer Verpflichtung des Auftraggebers. Auch der § 91 vgl. mit § 89 H.G.B. kann der Klägerin nicht zugute kommen, da sie der Beklagten gegenüber eben nicht die Stellung eines Handlungsagenten einnahm.

Es muß nun zwar anerkannt werden, daß eine Verpflichtung zur Rechnungsablegung durch ein bestimmtes Vertragsverhältnis auch begründet sein kann, ohne daß eine besondere gesetzliche Vorschrift eine solche Verpflichtung aufstellt. Die Verpflichtung kann sich aus der Natur des Vertragsverhältnisses, aus dem sonstigen Inhalt der gegenseitigen Verpflichtungen, aus dem mutmaßlichen Parteiwillen oder aus andern Umständen ergeben. Derartige Umstände liegen aber im gegenwärtigen Falle nicht vor, sind auch von der Klägerin selbst nicht geltend gemacht.

Auch auf die Bestimmungen des B.G.B. über Geschäftsführung ohne Auftrag — §§ 677, 681 Satz 2, 687 Abs. 2, 666 — kann der in Frage stehende Anspruch nicht gestützt werden. Mit dem direkten Verkauf der Bücher hat die Beklagte eine vertragsmäßig übernommene Verpflichtung zur Unterlassung bestimmter Handlungen verletzt. Es kann aber nicht gesagt werden, daß die Beklagte damit fremde Geschäfte

als ihre eigenen behandelt habe. Die Beklagte hat vielmehr für sich gehandelt, ihre eigenen Geschäfte besorgt, und es wird hieran durch den Umstand nichts geändert, daß durch dieses Handeln allerdings der Anspruch der Klägerin auf ausschließlichen Alleinverkauf verletzt worden ist [1]).

Urteil des I. Civilsenats vom 29. Mai 1903 i. S. Bender g. Süddeutsches Verlagsinstitut.

5.

Handelt der Ratsschreiber in Ausübung der ihm nach Art. 33—35 A.G.B.G.B. zustehenden Befugnisse als Beamter?

Die Frage ist verneint worden aus folgenden, den Sachverhalt ergebenden

Gründen:

Der Kläger leitet die Haftung der Beklagten für den ihm, wie er behauptet, infolge der formwidrigen Beurkundung des Kaufvertrags vom 28. Februar 1900 durch den Ratsschreiber P. von O. erwachsenen Schaden aus der Bestimmung in Art. 204 vgl. mit Art. 202 des württ. Ausf.-Ges. z. B.G.B. ab, wonach, wenn ein Beamter einer württembergischen Gemeinde in Ausübung der ihm anvertrauten öffentlichen Gewalt vorsätzlich oder fahrlässig die ihm einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht verletzt, dem Beteiligten gegenüber die im B.G.B. bestimmte Verantwortlichkeit an Stelle des Beamten die Gemeinde trifft. Die Beklagte bestreitet dagegen in erster Linie ihre Passivlegitimation, indem sie behauptet, daß der Ratsschreiber bei Beurkundung von Verträgen i. S. des § 313 B.G.B. gar nicht als Beamter, sondern als Notar oder Stellvertreter des Notars handle, also auch aus Pflichtverletzungen bei solchen Beurkundungen allein hafte. — Es ist nun in der Tat der Ansicht der Beklagten, daß der Ratsschreiber in Ansehung der Befugnis zur Beurkundung von Verträgen i. S. des § 313

1) vgl. hiezu R.G. 47 S. 102.

B.G.B. überhaupt nicht Beamter sei, beizutreten.

Im § 313 B.G.B. wird für einen Vertrag, durch welchen sich der eine Teil verpflichtet, das Eigentum an einem Grundstück zu übertragen, gerichtliche oder notarielle Beurkundung gefordert. Durch Art. 142 E.G.z.B.G.B. ist jedoch den Landesgesetzgebungen das Recht eingeräumt worden, zur Beurkundung solcher Verträge in Ansehung der in dem betreffenden Bundesstaat gelegenen Grundstücke „außer den Gerichten und Notaren auch andere Behörden und Beamte" für zuständig zu erklären, eine Befugnis, von welcher in Württemberg Gebrauch gemacht worden ist, indem in Art. 33 Abs. 1 Ausf.Ges. z. B.G.B. bestimmt wurde: „Für die Beurkundung des in § 313 B.G.B. bezeichneten Vertrags sind auch die in Art. 3 Abs. 3 bezeichneten Grundbuchbeamten sowie die Ratsschreiber der Gemeinden zuständig, soweit es sich um Grundstücke handelt, welche in dem betreffenden Grundbuchamts- oder Gemeindebezirk gelegen sind." In Art. 35 Ausf.Ges. ist die Zuständigkeit der Ratsschreiber zur Beurkundung solcher Verträge auf Grundstücke angrenzender württembergischer Gemeindebezirke (Grundbuchamtsbezirke) für den Fall erstreckt, daß derselbe Rechtsakt diese und zugleich solche Grundstücke umfaßt, welche ihrer ordentlichen Zuständigkeit unterliegen. Endlich ist in Art. 33 Abs. 2 und Art. 34 Ausf.Ges. auf Grund der Art. 142 und 143 E.G.z.B.G.B. den Ratsschreibern auch die Befugnis zur Beurkundung von Erklärungen i. S. des § 873 Abs. 2 B.G.B. und zur Entgegennahme (und Beurkundung) der Auflassungserklärungen i. S. der §§ 925 und 1015 B.G.B. verliehen worden.

Daraus, daß in den Art. 142 und 143 E.G. die Notare zu den Beamten gerechnet werden („außer Notaren auch andere Beamte" in Art. 142, „vor einem Notar oder einem anderen Beamten" in Art. 143 E.G.), dieselben aber keineswegs in allen Bundesstaaten Beamte im eigentlichen Sinn d. h. Personen, welche in einem Dienstverhältnis öffentlichrechtlichen Charakters zu einem politischen Gemeinwesen

stehen[1]), waren, wie z. B. in Württemberg den öffentlichen (sog. immatrikulierten) Notaren die Beamteneigenschaft nicht zukam, ergibt sich, daß die Landesgesetzgebungen durch die genannten Gesetzesbestimmungen ermächtigt worden sind, die dort erwähnten Kompetenzen auch Personen mit bloßem öffentlichem Glauben, sei es einer bereits bestehenden Personenklasse, sei es einer erst zu bildenden (vgl. Art. 3 E.G.) zu übertragen. Diese Personen müssen also in Ansehung der in Rede stehenden Funktionen nicht Beamte sein. Wenn hienach in Württemberg zur Ausübung dieser Funktionen auch die Ratsschreiber für zuständig erklärt worden sind, so kann daraus ein Schluß darauf nicht gezogen werden, daß ihnen auf diesem Gebiete Beamteneigenschaft verliehen werden wollte und verliehen worden ist. Die Entstehungsgeschichte der einschlägigen Bestimmungen des Ausführungsgesetzes läßt denn auch nicht nur eine solche Absicht nicht erkennen, sondern führt zu dem Ergebnis, daß die Ratsschreiber hinsichtlich der fraglichen Funktionen nur mit öffentlichem Glauben ausgestattet werden sollten. Allerdings kehrt in den Motiven zum Entwurf des Ausführungsgesetzes, in den Kommissionsberichten der beiden Kammern und in den öffentlichen Kammerverhandlungen vielfach der Ausdruck wieder, die in den — jetzigen — Art. 33—35 des Ausfges. erwähnten Befugnisse werden dem Ratsschreiber als einem Beamten der Gemeinde übertragen. So heißt es z. B. in den Motiven S. 564: „Hienach ist es unbedenklich, in Württemberg die Ratsschreiber zu den erwähnten Geschäften" (d. h. den in den Art. 142 und 143 E.G. genamten Funktionen)" heranzuziehen, übrigens mit der Beschränkung, daß diese Gemeindebeamten nur für solche Rechtsakte zuständig sind, welche sich auf die in dem Gemeindebezirke gelegenen Grundstücke beziehen." In dem Kommissionsbericht der zweiten Kammer ist sodann bemerkt: „Die reichsrechtliche Zulässigkeit der landesgesetzlichen Uebertragung dieses Beurkundungs-

1) vgl. Meyer, Staatsrecht 4. Aufl. S. 435, Laband, das Staatsrecht des Deutschen Reichs Bd. 1 S. 402/3, 410.

rechts" (in den Fällen der §§ 313. 873. 925. 1015 B.G.B.) „an die Ratsschreiber ist gegeben durch Art. 142 und 143 Abs. 1 des E.G.z.B.G.B. Nach ersterem Artikel können für Beurkundungen im Sinne des § 313 und des § 873 Abs. 2 außer den Gerichten und Notaren auch andere Behörden und Beamte als zuständig bezeichnet werden, und nach Art. 143 Abs. 1 besteht der landesgesetzliche Vorbehalt, daß die Einigung der Parteien in den Fällen der §§ 925. 1015 B.G.B. außer vor dem Grundbuchamt auch vor Gericht, vor einem Notar, von einer andern Behörde oder einem andern Beamten erklärt werden kann. Hiebei ist kein Unterschied gemacht, ob Staats- oder Gemeindebeamter und die Zulässigkeit der Betrauung des Ratsschreibers hiemit unzweifelhaft gegeben [1])."

Diese Erklärungen beziehen sich aber lediglich auf die Konstatierung der Zulässigkeit und Zweckmäßigkeit der Uebertragung jenes Beurkundungsrechts an einen Gemeindebeamten, eben an den Ratsschreiber, und gestatten keineswegs einen Schluß darauf, daß letzterer auch hinsichtlich der in Frage stehenden Kompetenzen Beamter sein solle. Ebensowenig berechtigt zu einer solchen Folgerung die in Art. 11 Ausf.Ges. ausgesprochene Unterstellung der Ratsschreiber unter die Dienstaufsicht der Justizbehörde, da ja auch die öffentlichen Notare, denen in Art. 99 Ausf.Ges. ausdrücklich die Staatsbeamten- und damit die Beamteneigenschaft überhaupt abgesprochen wird, nach Art. 105 Ausf.Ges. dieser Dienstaufsicht unterworfen sind. Dagegen spricht dafür, daß der Ratsschreiber in Versehung der ihm in den Art. 33—35 Ausf.Ges. zugewiesenen Funktionen nicht Beamter ist, vor allem die Tatsache, daß der Justizminister in der Kommission der II. Kammer durch die Erklärung, der Ratsschreiber hafte bei diesem Beurkundungsgeschäft gleich einem immatrikulierten Notar (also unter Ausschluß der Haftung des Staates oder der Gemeinde), den Ratsschreiber auf gleiche Linie mit dem

1) vgl. Verhandlungen der Kammer der Abgeordneten von 1899, 2. Beilagenband S. 389, erster Protokollband S. 613.

immatrikulierten (jetzt öffentlichen) Notar, also einem Nichtbeamten, gestellt hat[1]) und daß diese Erklärung des Regierungsvertreters weder in der Kommission noch in den Ständeverhandlungen einem Widerspruch begegnet ist.

Auch eine Vergleichung der Artikel 37 und 10 des Ausf.-Ges. läßt erkennen, daß die gesetzgebenden Faktoren den Ratsschreiber hinsichtlich der ihm in den Art. 33—35 Ausf.-Ges. eingeräumten Befugnisse nicht als Beamten betrachtet haben. Während nämlich in Art. 10 cit. bestimmt ist, daß die Ratsschreiber für die ihnen gemäß Art. 8 des Ausf.Ges. obliegenden — zweifellos in amtlicher Eigenschaft erfolgende — Vertretung des Grundbuchbeamten aus der Staatskasse bezahlt werden (vgl. hiezu die J.M.V. vom 30. Nov. 1899 Amtsblatt S. 412), verordnet der Art. 37 Abs. 1 cit.: „Der Ratsschreiber bezieht für die von ihm vorgenommenen Rechtsakte im Sinne der Art. 33 und 34 von den Beteiligten eine Gebühr, deren Höhe im Wege der Königlichen Verordnung festgesetzt wird." Der Ratsschreiber ist hienach (in völliger Parallelisierung mit dem öffentlichen Notar, vgl. Art. 121 Ausf.Ges. und § 35 der K.V.O. vom 14. Nov. 1899 betr. eine Gebührenordnung für öffentliche Notare ꝛc.) für letztere Tätigkeit auf die seitens derjenigen, welche seine Dienste in Anspruch nehmen, zu entrichtenden Gebühren angewiesen, und zwar werden ihm letztere, wie aus dem Gesetz unzweideutig hervorgeht, nicht etwa vom Staate abgetreten, sondern sie werden von dem Pflichtigen von Anfang an ihm geschuldet. Die grundsätzlich verschiedene Art der Belohnung des Ratsschreibers in den Fällen des Art. 8 und in denjenigen der Art. 33 und 34 (bezw. natürlich auch des Art. 35) des Ausf.Ges. berechtigt aber zu dem Schluß, daß der Gesetzgeber seine Stellung in beiden Fällen als eine grundsätzlich verschiedene aufgefaßt hat, d. h. dort als die eines Staatsbeamten, hier als diejenige einer (mit öffentlichem Glauben versehenen) Privatperson.

1) vgl. den zitierten 2. Beil.Band S. 390.

Dazu kommt, daß das Justizministerium in seiner Verfügung vom 6. November 1899 „betr. die Abgrenzung der amtlichen Geschäfte der Bezirksnotare und sonstigen Beamten der freiwilligen Gerichtsbarkeit" (Amtsbl. von 1899 S. 407 ff.) unter den amtlichen Geschäften des Ratsschreibers die Geschäfte des Art. 33—35 Ausf.Ges. nicht aufführt, also diese zweifellos als nichtamtliche Akte betrachtet.

Da hienach einerseits weder aus dem Gesetz selbst noch aus der Entstehungsgeschichte desselben zu entnehmen ist, daß dem Ratsschreiber hinsichtlich der ihm in den Art. 33—35 Ausf.Ges. übertragenen Nebenfunktionen Beamteneigenschaft verliehen werden wollte, andererseits aber die in vorstehendem hervorgehobenen Umstände, insbesondere in ihrem Zusammenhalt, dafür sprechen, daß dem Ratsschreiber in Ansehung jener Befugnisse Beamteneigenschaft nicht eingeräumt werden wollte, hat sich das Berufungsgericht für die Annahme entschieden, daß er in Württemberg hinsichtlich der in Rede stehenden Befugnisse nicht Beamter ist. Daraus aber folgt, daß die Gemeinde aus Pflichtverletzungen ihres Ratsschreibers bei Vornahme von Rechtsakten i. S. der Art. 33 bis 35 Ausf.Ges., insbesondere also auch aus schuldhafter formwidriger Beurkundung von Grundstücksveräußerungsverträgen i. S. des § 313 B.G.B. dem Beschädigten nicht haftet, gleichwie die Haftung des Staates aus Pflichtwidrigkeiten der Bezirksnotare in Ausübung des Amtes eines öffentlichen Notars und der öffentlichen Notare ausgeschlossen ist [1]).

Es würde denn auch einen unerträglichen Widerspruch bedeuten, wenn die Gemeinde für den aus Pflichtverletzungen ihres Ratsschreibers bei Vornahme eines Beurkundungsgeschäfts erwachsenen Schaden aufzukommen hätte, der Staat dagegen von der Haftung aus Pflichtwidrigkeiten eines Bezirksnotars in seiner Eigenschaft eines öffentlichen Notars bei einem Geschäft derselben Art befreit wäre. Eine solcher Art widerspruchsvolle Behandlung der Haftungsfrage seitens der ge-

1) vgl. Motive S. 597, 2. Beilagenbd. für 1899 S. 390, erster Protokollband S. 866, Klumpp, Grundbuchrecht S. 91.

setzgebenden Faktoren kann aber nicht angenommen werden.

Demnach ist die beklagte Gemeinde aus der formwidrigen Beurkundung des Vertrags vom 28. Februar 1900 seitens ihres Ratsschreibers P. dem Kläger nicht schadensersatzpflichtig.

Urteil des II. C.S. vom 27. April 1902 i. S. Gemeinde Obermarchtal gegen Frey.

6.

Haftung des Staats für einen durch Nichtverwahrung einer in der Nähe einer Staatsstraße befindlichen Dohle entstandenen Unfall?

Der Kläger ist am 1. September 1901 abends etwa um 8 Uhr zwischen Waldenbuch und Dettenhausen in eine nicht verdeckte und nicht verwahrte Wasserdohle gefallen und hat dabei nicht unerhebliche Verletzungen erlitten. Mit der erhobenen Klage verlangt er Ersatz seines Schadens vom Fiskus als dem damaligen Eigentümer des in Betracht kommenden Geländes. Zwischen der Fahrbahn der alten Staatsstraße, die der Kläger gegangen ist, und der Dohle befindet sich ein nicht zum Begehen bestimmter Rasenstreifen, der seit Eröffnung der neuen Straße zwischen Waldenbuch und Dettenhausen, — Juli 1901 —, wie die Beweisaufnahme ergeben hat, häufig begangen worden ist und den der Kl. am genannten Abend begangen hat. Die Klage ist im Berufungsverfahren abgewiesen worden. Aus den

Gründen:

Der Rasenstreifen neben der alten Straße von Waldenbuch nach Dettenhausen, an dem die Dohle liegt, war nicht zum Begehen bestimmt, wie aus dem Bericht der K. Straßenbauinspektion Reutlingen an die K. Staatsanwaltschaft Stuttgart und der eidlichen Zeugenaussage des Straßenwarts F. sich ergibt. Dies war auch — jedenfalls bis zum Beginn des Baus der neuen Straße (Winter 1899/1900) — für jedermann klar erkenntlich; denn auf dem Rasenstreifen lagen Stein- und Morasthaufen in geringen Entfernungen voneinander, die das Begehen natürlich sehr hinderten; er sah auch

nach dem Zeugnis des F. bis zu der genannten Zeit (und vielleicht noch nachher) nicht ausgetreten aus; zudem befindet sich auf der andern Seite der Straße ein — wie für jedermann ohne Zweifel ersichtlich ist — zum Begehen bestimmter Steig; daß aber auf beiden Seiten einer derartigen Straße Fußsteige sich befinden, ist durchaus ungewöhnlich. Demgemäß war auch der Straßenwart angewiesen, das Begehen dieses Streifens nicht zu dulden, und F. ist nach seiner Angabe — jedenfalls bis zu dem genannten Zeitpunkt — dieser Weisung nachgekommen, der Rasenstreifen ist auch bis dahin — nach der unwiderlegten Angabe des F. — tatsächlich nur selten begangen worden und die Begehenden konnten nach dessen Beschaffenheit nicht annehmen, daß es erlaubt war, ihn zu begehen, es war auch nach der Aussage des F. allgemein bekannt, daß der Rasenstreifen nicht begangen werden durfte.

Bis zum Beginn des Baus der neuen Straße konnte also der fragliche Rasenstreifen nicht als ein Ort angesehen werden, an dem „Menschen verkehren“ [1]); der Böschungsrand der Dohle ist von dem für den Verkehr bestimmten (und bis zu dem genannten Zeitpunkt benützten) Teil der Straße 2,40 Meter entfernt. Es lag unter diesen Umständen keine Verpflichtung und kein Anlaß vor, den Rasenstreifen bei der Dohle abzuschranken. Wer ihn beging, obwohl er aus den darauf befindlichen Hindernissen (und auch aus den vielfachen Einschnitten für den Wasserablauf) ersehen mußte, daß hier kein Weg führte, tat dies auf eigene Gefahr; Vorkehrungen zum Schutz der in solcher Weise an einem offensichtlich nicht zum Begehen bestimmten Ort Gehenden zu treffen, ist der Grundeigentümer u. s. w. nicht verpflichtet.

Nun hat sich allerdings, wie aus der Zeugenaussage des Landjägers K. hervorgeht, die Sachlage seit Beginn des Baus der neuen Straße allmählich verändert, und es kann in Frage kommen, ob der Rasenstreifen nicht zur Zeit des

1) vgl. § 367 Ziff. 12 St.G.B.; W.Z.B. 1 S. 144 ff.; Seufferts Archiv 55 nr. 138.

Unfalls als ein „Ort, an dem Menschen verkehren“ anzusehen, und deshalb an der Stelle, wo die Dohle sich befindet, abzuschranken war. Allein auch wenn diese Frage zu bejahen ist, kann doch die Beklagte nicht für den Unfall des Klägers haftbar gemacht werden.

Kläger geht davon aus, die Bekl. hafte, weil eine Schuld an seinem Unfall den Straßenwart F. treffe. Allein wenn auch dem F. eine schuldhafte, ihn zum Schadensersatz gegenüber dem Kläger verpflichtende Unterlassung zur Last fallen sollte, so würde hiefür die Staatsfinanzverwaltung nicht haften. Art. 202 A.G. zum B.G.B. trifft nicht zu: denn ein Straßenwart, der die ihm betreffs der Erhaltung einer Straße in gutem und gefahrlosem Zustand obliegenden Verpflichtungen nicht erfüllt, verletzt hiemit seine Amtspflicht nicht „in Ausübung der ihm obliegenden öffentlichen Gewalt“ d. h. einer ihm gegenüber dritten Personen zustehenden obrigkeitlichen Macht; ob er damit „die ihm einem Dritten gegenüber obliegende“ Amtspflicht verletzt, kann dahingestellt bleiben.

Der Staat haftet für ein derartiges schuldhaftes Verhalten eines Straßenwärters auch nicht gemäß §§ 89, 31 B.G.B.: denn ein Straßenwärter ist kein „verfassungsmäßig berufener Vertreter des Staats“ i. S. der §§ 30, 31 B.G.B.[1]). Auf § 831 B.G.B. hat sich Kläger nicht (ausdrücklich) berufen; er trifft auch nicht zu, weil — zumal angesichts der eigenen Erklärung des Klägers, er habe gegen die Persönlichkeit und die Befähigung F.s nichts einzuwenden — für das Gericht kein Zweifel darüber besteht, daß der Staat bei Auswahl dieses — seit einer Reihe von Jahren mit der nicht besonders schwierigen Versehung des Amts eines Straßenwarts betrauten — Manns die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet hat [2]).

Es kann in Frage kommen, ob nicht in betreff des Unfalls des Klägers einem verfassungsmäßig berufenen Vertreter des Staats ein Verschulden zur Last fällt, sofern etwa

1) vgl. Lenel in D.J.Z. 1902 S. 10; R.G. 53 nr. 72 S. 279.
2) vgl. W.J.B. 14 S. 139; R.G. 53 nr. 16 S. 54—56.

die dem Staat obliegende allgemeine Beaufsichtigung der Beamten und ihrer Dienstverrichtungen in betreff des Straßenwarts F. und der ihm unterstellten Straßen unterlassen worden ist. Die Beweispflicht in dieser Richtung trifft den Kläger, der aber schlüssige Behauptungen in dieser Beziehung nicht aufgestellt hat.

Urteil des I. Civilsenats vom 10. Juli 1903 i. S. Bauer g. Staatsfinanzverwaltung.

7.

Inwiefern haftet eine Amtskörperschaft dafür, daß die von ihr zu unterhaltenden Straßen sich in einem gefahrlosen Zustand befinden? (Art. 202. 204 A.G.B.G.B.; §§ 831. 89. 31 B.G.B.).

In der Nacht vom 25. auf 26. August 1901 ist der Kläger, als er in einem einspännigen Wagen von einem Krankenbesuch in A. auf dem Heimweg begriffen war, nach seiner Darstellung auf der von der Beklagten unterhaltenen Landstraße zwischen A. und G. da, wo diese Straße eine starke Biegung macht, dadurch aus dem Wagen geschleudert und infolge hievon an seiner Gesundheit beschädigt worden, daß der Kutscher sich zu weit rechts hielt, infolge davon das Pferd von der Fahrbahn ab und in den Straßengraben geriet. Die Straße ist vor der Biegung 4,80 Meter, an der Biegung 5,40 Meter, hinter der Biegung 4,30 Meter breit; auf ihrer linken Seite (in der Richtung von A. nach G.) befindet sich ein erhöhter Nebenweg. Der Unfall des Klägers hat sich nach dessen Darstellung folgendermaßen zugetragen: auf der Hinfahrt nach A. sei der Wagen, wie Kläger im Wagen gespürt habe, bei der Straßenbiegung über große in der Fahrbahn liegende Steine weggegangen; der Kläger habe deshalb seinen Kutscher angewiesen, bei der Heimfahrt an dieser Stelle etwas rechts auf der Fahrbahn zu halten, um den Steinen auszuweichen, was der Kutscher befolgt habe, wobei er dann aber etwas zu weit rechts gekommen sei. Mit jenen Steinen aber verhalte es sich so: der — wie unbe-

stritten — von der Beklagten angestellte und mit Instandhaltung der Straße betraute Straßenwärter H. in A. habe große — etwa 40 cm lange — behauene Kalksteine, die zum Schutz des (linksseitigen) Nebenwegs an dessen Rand hätten eingegraben werden sollen, zum Schutz des Nebenwegs gegen das Anfahren von Fuhrwerken mit dem einen Ende auf dem Nebenweg aufgelegt, so daß sie ihrer ganzen Länge nach in die Fahrbahn hereingeragt haben. Das habe bei dunkler Nacht ein Verkehrshindernis und eine Gefahr für die Fuhrwerke gebildet, zumal wenn — wie damals — die Straße infolge Regens und ihrer dunkeln Beschotterung sich vom angrenzenden Gelände nicht abgehoben habe. H. habe daher die Körperverletzung des Klägers durch seine Fahrlässigkeit verschuldet; die Beklagte hafte aus Art. 202. 204 A.G. zum B.G.B. und auch aus §§ 278, 89, 31 B.G.B. Demgemäß hat Kläger gegen die Beklagte Klage auf Ersatz seines Schadens erhoben.

Die Klage ist abgewiesen worden; im Berufungsverfahren aus folgenden

Gründen:

I. Auf Art. 77 E.G. und Art. 202 und 204 A.G. zum B.G.B. läßt sich die Klage nicht stützen. Diese Gesetzesbestimmungen handeln von dem Fall, daß ein Staats-, Gemeinde- oder Körperschaftsbeamter vorsätzlich oder fahrlässig die ihm einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht „in Ausübung der ihm anvertrauten öffentlichen Gewalt" verletzt. Soweit aber — wie dies im gegenwärtigen Fall zutrifft — die Dienstverrichtung eines Straßenwärters in der Richtung in Betracht kommt, daß er die Straße in einem die Gefährdung der darauf Verkehrenden ausschließenden Zustand zu erhalten hat, handelt es sich bei dessen Tätigkeit nicht um Ausübung einer ihm anvertrauten öffentlichen Gewalt, d. h. einer hoheitlichen oder Zwangs-Gewalt [1]). Unter diesen Umständen kann unerörtert bleiben, ob der Straßen-

1) vgl. Reichsger. 54 nr. 45 S. 159 Abs. 4; Urteil dieses Senats vom 10. Juli d. J. i. S. Staatsfinanzverwaltung gegen Bauer. s. vor. nr.

wärter H. bei der ihm zur Last gelegten Verfehlung, „die ihm gegenüber einem Dritten obliegende Amtspflicht“ verletzt hat.

II. H. war zu der Verrichtung — Wart und Pflege der in Rede stehenden Straße —, in deren Ausführung er dem Kläger nach dessen Behauptung widerrechtlich einen Schaden zugefügt hat, von der Beklagten bestellt. Sie ist daher nach § 831 B.G.B. zum Ersatz dieses Schadens verpflichtet, wenn sie nicht bei Auswahl des H. für die Stelle eines Straßenwärters die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet hat. Tatsächlich hat sie aber diese Sorgfalt beobachtet. Kläger selbst hat vorgetragen, H. sei vom Militär weg (wo er unbestrittenermaßen Unteroffizier war) zum Straßenwart bestellt worden. Die Wahl eines jungen, kräftigen Mannes aber, der beim Militär — wie seine Beförderung zum Unteroffizier beweist — vorwurfsfrei gedient hat, zum Straßenwärter ist eine durchaus geeignete, da besondere technische Vorkenntnisse für eine solche Stellung nicht erforderlich sind [1]). Daß besondere Gründe *dagegen* gesprochen hätten, dem H. die fragliche Stelle zu übertragen, ist nicht ersichtlich, das Gegenteil vielmehr aus der Zeugenaussage des Oberamtswegmeisters R. zu schließen.

III. Ein Verschulden des Straßenwärters H. (außerhalb eines Vertragsverhältnisses, das ja nicht in Frage steht) in Ausführung der ihm zustehenden Verrichtungen hätte Beklagte — von dem Fall des § 831 B.G.B. abgesehen — gemäß §§ 31. 89 B.G.B. dann zu vertreten, wenn H. zu ihren „verfassungsmäßig berufenen Vertretern“ gehören würde: daß dies aber *nicht* der Fall ist, unterliegt keinem Zweifel; es genügt in dieser Beziehung, auf die zutreffenden Ausführungen des Reichsgerichts zu verweisen [2]).

IV. Es wäre denkbar, daß in betreff des Unfalls, der

1) vgl. Reichsger. 53 nr. 16 S. 55—56; W.J.B. 14 S. 139—141.

2) In R.G. Bd. 53 Nr. 72; vgl. auch das schon oben angeführte Urteil dieses Senats i. S. Staatsfinanzverwaltung g. Bauer; Reichsger. in Jur. Wochenschr. 1903 Beil. 65 Nr. 151; *Lenal* in D. Jur.-Zeitg. 1902 S. 9 ff.

dem Kläger zugestoßen ist, einem wirklichen verfassungsmäßig berufenen Vertreter der Beklagten ein Verschulden zur Last fiele, indem z. B. der mit der Aufsicht über alle Körperschaftsstraßen des Oberamts H. betraute Beamte der Beklagten seine Aufsichtspflicht vernachlässigt hätte und der Unfall des Klägers hiemit in ursächlichen Zusammenhang zu bringen wäre. Das könnte etwa zutreffen, wenn der Straßenwärter H. längere Zeit hindurch das ihm zur Last gelegte, den Verkehr auf der Straße gefährdende Verfahren eingeschlagen hätte, ohne daß von dem Aufsichtsbeamten dagegen eingeschritten worden wäre. In dieser Richtung hat aber Kläger eine Behauptung nicht aufgestellt, und daß der mit Beaufsichtigung der Straßen und Wärter betraute höhere Beamte nicht jedes einmalige ordnungs- und vorschriftswidrige Verhalten eines seit längerer Zeit angestellten Untergebenen sofort wahrnehmen muß, zu dessen besonderer Ueberwachung kein Grund vorliegt, ist einleuchtend.

Urteil des I. Civilsenats vom 2. Oktober 1903 i. S. Grundler gegen Amtskörperschaft Herrenberg.

8.

Ist ein Hilfsschreiber eines Landgerichts ein „Beamter" im Sinn des Reichsmilitärpensionsgesetzes?

Die Frage ist bejaht worden aus folgenden, den Sachverhalt ergebenden

Gründen:

Es handelt sich darum, ob der Kläger in seiner Stellung als Hilfsschreiber des K. Landgerichts St. im Sinne des § 102, c „im Zivildienst" „angestellt" oder „beschäftigt", und zwar im Sinne des § 106 als „Beamter" beschäftigt war. § 102 c und § 106 kommen vermöge der Zeit der fraglichen Dienstleistung in Betracht nach der Fassung des Reichsgesetzes vom 27. Juni 1871, betreffend die Pensionierung der Militärpersonen (R.M.P.G.), Reichsgesetzblatt S. 275 ff., während die etwas veränderte Fassung, die (nicht § 102 c aber) § 106 in Art. 11 des Reichsgesetzes

vom 22. Mai 1893 (Reichsgesetzblatt S. 175) erhalten hat, nur zur Auslegung heranzuziehen ist.

1. Das bezeichnete Reichsgesetz enthält jedenfalls keine ausdrückliche Bestimmung des Begriffs eines Beamten und auch die andern Reichsgesetze enthalten lediglich auf sie selbst ausdrücklich beschränkte und nicht ohne weiteres übertragbare Bestimmungen dieses Begriffs (zu vgl. § 359 St.-G.B., § 1 des Reichsbeamtengesetzes).

2. Wenn nun, da es sich um Landesbeamte handelt, die Bestimmungen des Landesrechts zur Ergänzung herangezogen werden, so gibt das Württ. Gesetz vom 28. Juni 1876, betreffend die Rechtsverhältnisse der Staatsbeamten, in Art. 1 eine solche Begriffsbestimmung, die allerdings gleichfalls nur die Beamten im Sinne dieses Gesetzes als umfaßt bezeichnet, aber eine weiter greifende und für die vorliegende Frage maßgebende Bedeutung hat, weil der Inhalt des Beamtengesetzes eben darin besteht, daß er die Stellung des Beamten landesrechtlich regelt. Nach Art. 1 des Württ. Beamtengesetzes ist „Beamter im Sinne des gegen„wärtigen Gesetzes" jede Person, „welche in dem Staats„oder öffentlichen Schuldienst durch den König oder durch „eine höhere Staats- oder Schulbehörde angestellt, d. h. auf „eine bestimmte Stelle ernannt oder auf solcher bestätigt „worden ist", mit einigen hier nicht in Betracht kommenden Ausnahmen.

Im vorliegenden Falle bestand nach den Erlassen des Justizministeriums vom Dezember 1882 die „Stelle" eines „ständigen" „Hilfschreibers des K. Landgerichts", die wieder zu „besetzen" war, und diese Stelle ist durch Verfügung des K. Justizministeriums dem Kl. übertragen worden. Der Kläger R. ist hienach durch eine höhere Staatsbehörde auf eine bestimmte Stelle ernannt worden, Art. 1 des Württ. Beamtengesetzes trifft auf seine Anstellung als Hilfsschreiber zu und er ist als Beamter im Sinne des Art. 1 für die fragliche Zeit anzusehen, wenn weiter noch bejaht wird, daß die Anstellung im Staatsdienst erfolgt ist. Auch dies

ist bei der vorliegenden Anstellung im landgerichtlichen Dienst zu bejahen, wie sofort in Verbindung mit der Prüfung einer auch für anderweite Bestimmungen des Beamtenbegriffs erheblichen Frage, der öffentlich rechtlichen Beschaffenheit der Dienstleistung, näher zu begründen sein wird.

3. Von der allgemeinen Staatsrechtslehre wird es als entscheidend für das Zutreffen des Begriffs des Staatsbeamten angesehen, wenn ein öffentlich rechtliches Dienstverhältnis vorliegt im Gegensatz gegen ein privatrechtliches Dienstverhältnis, durch welches auch der Staat manche, namentlich untergeordnete, Dienstleistungen sich verschaffen kann, wie eben auch solche Schreibdienste [1]). Es fragt sich hienach, ob im vorliegenden Fall Anhaltspunkte dafür vorhanden sind, daß nicht bloß ein privatrechtliches, sondern ein öffentlich rechtliches Dienstverhältnis vorliegt. Dies ist zu bejahen, solche Anhaltspunkte sind die nach dem Protokoll vom 15. Januar 1883 bei Antritt der Stelle vorgenommene Beeidigung [2]), die Ständigkeit der Stelle im landgerichtlichen Dienst, die Art der Besetzung, wie angeführt, und die übereinstimmende Auffassung der beteiligten Behörden, wie sie aus den Personalakten und dem Eintrag in dem Quittungsbuch hervorgeht.

Von anderer Seite wird gefordert, daß bei Annahme der Staatsbeamten-Eigenschaft eine eigentliche Anstellung in dauerndem Dienstverhältnis zum Staate vorliegen müsse [3]), und dieses Erfordernis steht im Einklang mit den obenerwähnten reichsgesetzlichen Begriffsbestimmungen, § 359 St.G.B., § 1 Reichsbeamtengesetzes, insofern dort von „Anstellung" und „Anstellung" „im Dienste" des Reichs oder Staates die Rede ist. Auch dies trifft im vorliegenden Fall zu. Wie bereits ausgeführt, liegt eine Anstellung durch Uebertragung einer ständigen Stelle vor und

1) Laband, Staatsrecht 4. Aufl. Bd. I § 44 zu vgl. Entsch. des R.G. Bd. 51 S. 295 und 299

2) Entsch. des R.G. Bd. 51 S. 295 und S. 296.

3) vgl Zorn, Staatsrecht (1895) Bd. 1 § 10 S. 296.

ebendamit ist auch eine rechtliche Bestimmung zur Fortdauer auf unbestimmte Zeit gegeben, obgleich die Anstellung, wie bei anderen Beamten (auch solchen im Sinne des Art. 1 des Württ. Beamtengesetzes, zu vgl. Art. 3, Abs. 3), jederzeitigem Widerruf unterworfen ist.

4. Als vom Reichsmilitärpensionsgesetz selbst gegebene Anhaltspunkte könnten außer dem Umstand, daß die „Anstellung oder Beschäftigung im Civildienst", die in § 102, c als entscheidend für das Ruhen der Invalidenpension erklärt, in § 106 als „Dienst bezw. Beschäftigung eines Beamten" (gegen Entgelt u. s. w.) näher bezeichnet wird, auch die Bestimmungen in Abs. 2 von § 106 angesehen werden. Hier sind Dienstverrichtungen gegen stückweise Bezahlung, gegen Boten-, Tage-, oder Wochenlohn oder bloßen Kopialienverdienst, in welchen „dem Pensionär die Eigenschaft eines Beamten nicht beigelegt ist", als nicht hieher gehörig in Gegensatz gestellt gegen die Dienstleistung des Abs. 1, in welcher demnach dem Pensionär die Eigenschaft eines Beamten „beigelegt ist". Beigelegt kann dem Betreffenden die Eigenschaft eines Beamten sein nicht durch die Bestimmungen des Reichsmilitärpensionsgesetzes oder anderer Reichsgesetze, da derartige Bestimmungen nicht bestehen, auch allgemeinen Begriffsbestimmungen der Rechtslehre kann eine solche Wirksamkeit nicht zukommen. Es könnte nur die staatliche Gestaltung des fraglichen Dienstverhältnisses, also das einzelstaatliche Beamtenrecht oder die Behandlung der jeweiligen Anstellung durch die maßgebenden Behörden in Betracht kommen. Durch diese ist, wie oben ausgeführt, dem Kläger die Eigenschaft eines Beamten beigelegt, und es trifft also nicht Abs. 2 sondern Abs. 1 des § 106 Reichsmilitärpensionsgesetz zu.

Die Aenderung des § 106 in dem Reichsgesetz vom 22. Mai 1893 kommt für den vorliegenden Fall, wie bemerkt, nicht unmittelbar in Betracht und kann dahingestellt bleiben, soweit sie nicht in Verbindung mit den damaligen Verhandlungen Anhaltspunkte für die Auslegung der alten

Fassung ergibt. Hervorzuheben ist hienach, daß die eben erörterten Worte des Abs. 2 in § 106 neuer Fassung nach den stenographischen Berichten des Reichstags [1]) weggelassen wurden, nicht, um den Sinn zu ändern, sondern weil sie als nicht erforderlich angesehen wurden. Ferner ergibt sich aus den Verhandlungen, daß von Seiten der Regierungsvertreter angenommen wurde, es müsse auch nach der alten Fassung eine Beamtenstelle vorhanden sein, wenn § 106 Abs. 1 zutreffen solle [2]). Für die Annahme, daß nur die Verleihung einer im Staatshaushalt besonders vorgesehenen (etatsmäßigen) Stelle die Beamteneigenschaft gebe, fehlt es aber an genügenden Anhaltspunkten in diesem und in den anderen Gesetzen.

5. Hienach ist der Kläger in der fraglichen Stellung sowohl nach den Bestimmungen des Württ. Beamtenrechts als nach den allgemeinen Rechtsbegriffen, sowie endlich nach den vom Reichsmilitärpensionsgesetz etwa gegebenen Anhaltspunkten Beamter gewesen, § 102 c trifft daher zu und ist von der Militärbehörde mit Recht angewendet.

Urteil des I. Civilsenats vom 9. Juni 1903 i. S. Reichsmilitärfiskus gegen Rother.

9.

Zur Auslegung von § 100 Ziffer 3, § 102 c des Reichsmilitärpensionsgesetzes.

Der Kläger Sch., der im Militärdienst bis zum Feldwebel vorgerückt und am 21. Juni 1893 zur Schloßgardekompagnie in Stuttgart versetzt worden war, wurde am 30. April 1901 aus dem Militärdienst nach einer Dienstzeit von 36 Jahren entlassen. Durch Anerkennungsverfügung des Königlichen Generalkommandos wurde ihm als dauernd ganzinvalide, größtenteils erwerbsunfähig und dauernd Civildienstuntauglich als Pension zuerkannt für im-

1) 8. Legislaturperiode 2. Session 1892/93. Anlagenband II S. 1203.

2) S. 1203 ebendort, wo auch von „pragmatischen" Stellen die Rede ist.

mer: die Invalidenpension eines Feldwebels von monatlich 42 Mk., eine Dienstzulage von 27 Mk. und die Zulage für Nichtbenutzung des Civilversorgungsscheins von 12 Mk. Seit dem 28. November 1895 ist der Kläger als Hilfseinbringer für den Gebühreneinzug der städtischen Latrinenverwaltung in Stuttgart angestellt. Diese Anstellung ist eine stets widerrufliche, und die jeweilige Dauer der aushilfsweisen Beschäftigung veränderlich. Die Belohnung besteht in einer Provision von 1,25 Prozent von den eingezogen Beträgen und hat in den Jahren 1895 bis 1900 durchschnittlich 600 bis 800 Mk., in den folgenden Jahren über 1000 Mk. betragen. Die Stelle, die der Kläger inne hat, gehört unbestritten zu denjenigen Stellen, die den mit Zivilversorgungsscheinen versehenen Militäranwärtern nicht vorbehalten sind. Am 21. Oktober 1902 wurde dem Kläger eine Verfügung der Korpsintendantur vom 17. Oktober 1902 eröffnet, wonach das Beschäftigungsverhältnis des Klägers als ein solches anzusehen sei, das den Fortfall der Zulage für Nichtbenutzung des Civilversorgungsscheins bedinge. Die Zahlung der monatlichen Zulage von 12 Mk. wurde darauf mit dem 1. November 1902 eingestellt und die Zurückzahlung der vom 1. Juni 1901 bis 31. Oktober 1902 geleisteten Zulagen mit zusammen 204 Mk. durch monatliche Abzüge veranlaßt. Der Streit der Parteien betraf die Frage, ob die Vorenthaltung der Zulage von 12 Mk. gerechtfertigt ist.

Diese Frage ist verneint worden aus folgenden

Gründen:

Daß der Kläger nicht im Sinne des § 102 c des R.M.P.G. vom 27. Juni 1871 (R.Ges.Bl. S. 299) im Civildienst angestellt oder beschäftigt ist, kann nicht zweifelhaft sein, da nach § 106 R.M.P.G. in der hier maßgebenden Fassung vom 22. Mai 1893 (R.Ges.Bl. S. 177) unter Civildienst im Sinne des § 102 c der Gemeindedienst nicht zu verstehen ist. Die Befugnis des § 105 R.M.P.G. bereits ausgezahlte Pensionsbeträge durch Abzüge von der jeweils fälligen weiteren Pension zur Rückzahlung zu bringen, fehlt

deshalb im vorliegenden Fall, und auch ein anderer diese Maßregel rechtfertigender Grund ist nicht dargetan. Die Anwendung der allgemeinen Grundsätze der ungerechtfertigten Bereicherung würde eine Beseitigung der Anerkennungsverfügung des K. Generalkommandos vom 27. April 1901 erfordern und diese wäre schon durch die Kenntnis der vorgesetzten Militärdienstbehörde des Klägers von der Verwendung als Hilfseinbringer behindert, es würden aber der Aufrechnung auch die Bestimmungen des § 394 B.G.B. vgl. mit § 850 Ziff. 5 C.P.O. entgegenstehen.

Soweit die Klage gegen dieses Abzugsverfahren gerichtet ist, wäre ihr daher jedenfalls zu entsprechen.

Im übrigen fragt es sich, ob der Fall des § 100 Ziff. 3 R.M.P.G. oder ein sonstiger im Gesetz ausdrücklich bestimmter Fall des Erlöschens oder Ruhens des Rechts auf Bezug der Zulage vorliegt oder sonst nach dem Inhalt des Gesetzes, wie er durch Sinn und Zweck gegeben ist, der Anspruch des Klägers ganz oder zeitweise weggefallen ist. Die von § 100 Ziff. 3 erwähnten „Voraussetzungen" „unter denen die Bewilligung stattgefunden hat" sind nach § 76 R.M.P.G. in der Fassung vom 22. Mai 1893 (R.Ges.-Bl. S. 175) zunächst: die Nichtbenützung oder Nichtverleihung des Civilversorgungsscheins und als Voraussetzung der letzteren die Entscheidung der Militärbehörde, der Kläger sei „zur Verwendung im Civildienst untauglich" (Anerkennungsverfügung vom 27. April 1901), ferner die tatsächlichen Verhältnisse, welche dieser Entscheidung zu Grunde gelegt wurden.

Die erste dieser Voraussetzungen ist nicht weggefallen, und noch weniger ist ihr Gegenteil erwiesen. Der Kläger benützt nach wie vor keinen Civilversorgungsschein und der Beklagte hat ihm auch keinen verliehen, ist auch nicht bereit, ihm einen solchen zu verleihen, obwohl es sich nach § 100 um dauernden Wegfall der Zulage handelt.

Der Kläger hat aber auch keine Civilversorgung und keinen Gegenwert des Civilversorgungsscheins erlangt. Er hat zwar eine Stellung inne, welche solchen Stellungen gleich-

steht, die als Civilversorgung gewährt werden, aber diese stets widerrufliche und nicht mit festen gleichmäßigen Bezügen ausgestattete Beschäftigung kann er jederzeit verlieren, ohne daß er irgendwelche Anwartschaft oder gegründete Aussicht hat, statt dieser eine andere ähnliche Stellung zu bekommen. (Dagegen zu vgl. die vom Bundesrat aufgestellten Grundsätze betr. Militäranwärter vom 7. und 21. März 1882, Zentralblatt für das deutsche Reich S. 123, Württ. Reg. Bl. S. 231 § 13, § 26, § 27, § 29 sowie § 10 der Grundsätze vom 28. Juni 1899 W.-Reg. Bl. S. 195).

Auch die Entscheidung der Militärbehörde in der Anerkennungsverfügung, daß der Kläger zur Verwendung im Civildienst untauglich sei, besteht zu Recht und ist in ihren Grundlagen und Voraussetzungen nicht erschüttert. Es kann sich bei einem solchen gesetzlichen Begriff der Tauglichkeit oder Untauglichkeit zum Civildienst nicht darum handeln, ob irgend eine Möglichkeit besteht, daß der Invalide im einzelnen Fall vermöge eines günstigen Zufalls eine Stellung erlangt, die den Civilversorgungsstellen gleichkommt, sondern es muß sich um regelmäßige Gestaltungen der Verhältnisse handeln, nach denen die Prüfung vorzunehmen ist, darum, ob ein solcher Mann vermöge seiner Alters- und Leibesbeschaffenheit u. s. w. nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und nach den bestehenden Einrichtungen Aussichten von einiger Bestimmtheit, einigermaßen sichere Anwartschaft auf die Verwendung im Civildienst hat, ob ihm nach seiner Beschaffenheit noch zugemutet werden kann, daß er einen Civildienst übernimmt und ob einer Civildienstbehörde angesonnen werden kann, daß sie einen solchen Mann anstellt. Aus derartigen Erwägungen heraus ist die Frage der Unfähigkeit zu entscheiden und es ist in keiner Weise dargetan, daß sie durch jene Anerkennungsverfügung des Generalkommandos unrichtig entschieden, wäre; insbesondere wird dies nicht durch den Umstand dargetan, daß eine besondere Gelegenheit oder Ausdauer zu einer ähnlichen Beschäftigung im einzelnen Fall geführt hat.

§ 100 Ziff. 3 des Gesetzes trifft also nicht zu. Auch eine andere besondere Bestimmung des Gesetzes mit dem vom Beklagten vertretenen Ergebnis ist nicht vorhanden; von der allein etwa noch in Frage kommenden des § 102 c R.M.-P.G. ist dies schon oben ausgeführt. Auch der Sinn und Zweck des Gesetzes im weiteren Zusammenhang weist nicht auf einen Wegfall der Pensionszulage (zeitweisen oder völligen) hin, wie schon die Ausführungen zu § 100 Ziffer 3 zeigen. Im Gegenteil ergibt sich auch aus den sonstigen Vorschriften insbesondere aus § 106 im Vergleich mit § 102 c, und zwar aus der bestimmten Abgrenzung des Civildienstes, welcher die Pension (übrigens ausschließlich der „Pensionszulagen") nach § 102 zum Ruhen bringt, in § 106 alter und neuer Fassung, daß das Gesetz keineswegs jede Anstellung und Beschäftigung, die tatsächlich eine entsprechende Versorgung gewährt, auf die Pension einwirken lassen will, sondern nur ganz bestimmte fest abgegrenzte Arten der Versorgung, die eine gewisse Gewähr, eine Sicherheit der Aussichten bieten. Um Anwendung dieser Bestimmungen des § 106 auf den vorliegenden Fall kann es sich, wie bemerkt, nicht handeln, sondern nur um die Ermittlung des Sinns, in welchem das Gesetz im übrigen seinen Zweck der Versorgung der Invaliden verfolgt.

Urteil des I. Civilsenats vom 19. Juni 1903 i. S. Reichsmilitärfiskus gegen Schwenk.

Die Revision des Bekl. gegen dieses Urteil ist zurückgewiesen worden.

10.

Nimmt der stille Gesellschafter eines Fabrikanten teil an dem Gewinn, der durch Erteilung von Lizenzen betreffs eines dem Fabrikanten patentierten Apparats erzielt wird?

Die Parteien hatten vereinbart, mit Beginn des neuen Geschäftsjahrs solle der Kläger, Prokurist des Beklagten, der die Fabrikation von Patentsicherheitsröstern und dergl. be-

treibt, stiller Gesellschafter des Beklagten werden und als solcher zunächst 25 %, später 33⅓ % „des Geschäftsgewinns" erhalten. Im ersten Geschäftsjahr gingen erhebliche Beträge für Lizenzen ein, die in dem betreffenden Jahr der Beklagte mehreren auswärtigen Geschäftsleuten je für gewisse Bezirke hinsichtlich eines ihm patentierten Kaffeeröstapparats erteilte. Der Kläger beanspruchte ein Viertel des aus diesen Lizenzverträgen erzielten Gewinns, und sein Anspruch wurde für gerechtfertigt erklärt.

Aus den

Gründen

des Berufungsurteils:

Der Anspruch des Klägers auf Beteiligung am Gewinn aus den vom Beklagten bezogenen Lizenzgebühren erscheint begründet.

Beklagter betreibt eine „Fabrik für patentierte Sicherheitsröster", er ist also zweifellos Kaufmann und betreibt ein Handelsgewerbe, an dessen Betrieb Kläger als stiller Teilhaber gegen Anteil an Gewinn und Verlust beteiligt war. Der Beklagte verwertet seine Patente zum Teil in der Weise, daß er selbst die patentierten Apparate herstellt und verkauft, und zwar mit einem gegenüber den Herstellungskosten unverhältnismäßig großen Nutzen, was ihm dadurch ermöglicht ist, daß innerhalb des Geltungsbereichs der Patente niemand sonst derartige Apparate in Verkehr bringen darf; zum Teil aber zieht der Beklagte in der Weise aus seinen Patenten Nutzen, daß er Apparate verkauft und sich dabei vom Käufer einen erheblichen Betrag dafür bezahlen läßt, daß er sich verpflichtet, in einem bestimmten Umkreis des Wohnorts des Käufers an niemand sonst einen derartigen Apparat zu liefern, oder aber er überträgt an eine bestimmte Person für einen gewissen Bezirk das alleinige Herstellungs- und Verkaufsrecht in betreff patentierter Apparate.

Nach Art. 274 Abs. 1 (§ 344) H.G.B. gelten die von einem Kaufmann geschlossenen Verträge im Zweifel als zum Betrieb des Handelsgewerbes gehörig. Die erwähnten Ver-

träge des Beklagten gehören also im Zweifel zum Betrieb seines Handelsgewerbs. Die gesetzliche Vermutung des Art. 274 Abs. 1 würde ohne weiteres wegfallen, wenn die fraglichen Geschäfte offensichtlich keine Beziehung zum Handelsgewerbe des Beklagten hätten; das trifft aber keineswegs zu, vielmehr stehen sie in engem Zusammenhang mit dem Handelsgewerbe des Beklagten, in einem und demselben Rechtsgeschäft ist zum Teil der Verkauf eines vom Beklagten in seiner Fabrik hergestellten Apparats und eine der anderen oben erwähnten Vereinbarungen enthalten. Es ist auch keine Tatsache beigebracht, die jene Verträge als nicht zum Betrieb des Handelsgewerbs des Beklagten gehörig, somit — vgl. die Art. 271 bis 273 H.G.B. — als Nicht-Handelsgeschäfte erscheinen ließe.

Der stille Gesellschafter ist aber „an dem Betriebe des Handelsgewerbes eines andern gegen Anteil an Gewinn und Verlust" beteiligt; gehören also die fraglichen Verträge zum Handelsgewerbe des Beklagten, so ist Kläger (im Zweifel) an ihnen und ihrem Ertrag beteiligt. (Es wird sodann ausgeführt, es sei nicht ersichtlich, daß die Parteien ausdrücklich oder stillschweigend eine abweichende Vereinbarung getroffen haben, sodann heißt es):

Ganz verfehlt ist es, wenn Beklagter meint, falls dem Kläger ein Anspruch auf Anteil an den Lizenzgebühren zustehe, so müsse in die Gewinn- und Verlust-Rechnung des Geschäftsjahrs 1898/99 ein Posten für Abschreibung an den Patenten des Beklagten (in Höhe von 81 000 Mk.) eingestellt werden. Eine solche Abschreibung würde einen Posten voraussetzen, an dem abgeschrieben wird; es ist aber außer Streit, daß der Wert der Patente, woran die Abschreibung zu erfolgen hätte, in der Bilanz des Geschäftsjahrs 1898/99 nicht erscheint und ebensowenig in die Bilanzen der früheren Geschäftsjahre aufgenommen war. Diese Patente sind, auch nachdem die Parteien eine stille Gesellschaft eingegangen hatten, Alleineigentum des Beklagten geblieben, bei Auflösung der Gesellschaft hat Kläger keinen Teil ihres Werts erhalten; das Verlangen einer jährlichen Abschreibung von 81 000 Mk.

am Wert der Patente würde tatsächlich bedeuten, daß Beklagter vom Jahresgewinn zunächst 81 000 Mk. für sich erhalten und der Kläger, wenn sich — wie leicht möglich — unter diesen Umständen ein rechnungsmäßiger Verlust ergeben würde, diesen zu $^1/_4$ bezw. $^1/_3$ mitzutragen gehabt hätte.

Zwischenurteil des I. Civilsenats vom 13. Januar 1903 i. S. Johannes g. Barth.

Die auch gegen dieses Zwischenurteil gerichtete Revision des Beklagten gegen das Endurteil ist zurückgewiesen worden.

11.

Kann eine wegen formeller Mängel nicht zur Entstehung gelangte G. m. b. H. als offene Handelsgesellschaft angesehen werden?

Die Kläger haben gegen den Konkursverwalter einer G. m. b. H. Klage erhoben mit dem Antrag, festzustellen, daß ihnen gegen die Konkursmasse eine unbevorrechtigte Forderung von 10 000 Mk. zustehe. Diese 10 000 Mk. war ihnen vor Gründung der G. m. b. H. der nachmalige Gesellschafter G. schuldig geworden; die Kläger behaupteten, die G. m. b. H. habe diese Schuld übernommen. Im Berufungsverfahren haben sie u. a. geltend gemacht: Da der Gesellschaftsvertrag vom 1. April 1901 nicht gerichtlich oder notariell errichtet sei, sei die Gesellschaft mit beschränkter Haftung trotz ihrer Eintragung *nichtig*; diese Nichtigkeit machen Kläger geltend, wozu sie befugt seien. Hienach sei die Gesellschaft zwischen Sch. und G. in Wirklichkeit eine *offene Handelsgesellschaft* gewesen, sie hafte daher gemäß § 28 H.G.B. für alle im Betrieb des Geschäfts entstandenen Verbindlichkeiten des früheren Geschäftsinhabers G.

Hierüber sagen die

Gründe

des Berufungsurteils:

Sollte nun auch[1]) davon auszugehen sein, diese Gesell-

1) vgl. R.G. 54 nr. 107 und dagegen: *Staub*, D.J.Z. 1903 S. 336 Spalte 2; *Hachenburg*, ebenda S. 439.

schaft m. b. H. sei trotz ihrer Eintragung ins Handelsregister niemals zur Entstehung gelangt, weil die für Errichtung einer solchen Gesellschaft bestehenden Formvorschriften nicht beobachtet wurden, so kann doch davon keine Rede sein, daß deshalb die Vereinigung von G. und S. zu gemeinsamem Geschäftsbetrieb als eine offene Handelsgesellschaft anzusehen wäre. Aus gesetzlichen Vorschriften läßt sich eine solche Folgerung nicht ableiten und der Natur der Sache sowie dem Willen der Vertragschließenden würde eine derartige Auffassung widersprechen: eine offene Handelsgesellschaft setzt nach § 105 H.G.B. voraus, daß „bei keinem der Gesellschafter die Haftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern beschränkt ist"; S. und G. haben aber, wie die Verträge vom 31. März und 1. April 1901 beweisen, gerade das Gegenteil beabsichtigt, nämlich ihre Haftung den Gesellschaftsgläubigern gegenüber auf ihre Stammeinlagen (und etwaige Nachschüsse) zu beschränken. Aus den Grundsätzen über die Haftung offener Gesellschaften für Verbindlichkeiten des früheren Geschäftsinhabers läßt sich also die Haftung der Konkursmasse nicht stützen, es kann deshalb unerörtert bleiben, ob in dem über die „M. Exportmetallwarenfabrik G. m. b. H." eröffneten Konkursverfahren eine Forderung gegen eine offene Handelsgesellschaft überhaupt berücksichtigt werden könnte. Vgl. auch § 146 Abs. 4 K.O.

Urteil des I. Civilsenats vom 30. Oktober 1903 i. S. Kunz gegen Konkursmasse der Metzinger Exportmetallwarenfabrik.

12.

Inwiefern kann ein unter Verwendung eines Freizeichens gebildetes Warenzeichen ein ausschließliches Recht i. S. des § 12 des Warenzeichengesetzes begründen?

Die Klage war darauf gerichtet, die Bekl. zur Einwilligung in die Löschung des für sie eingetragenen Warenzeichens für Cigaretten zu verurteilen, weil für die Klin. dasselbe Zeichen mit i. S. des § 20 des Warenzeichengesetzes gering-

fügigen Abweichungen auf Grund früherer Anmeldung für gleichartige Waren eingetragen sei, ferner weil die Bestandteile des von der Bekl. angemeldeten Zeichens für Tabak und Cigarren ein Freizeichen bilden. In Betreff des letzteren Punkts sagen die

Gründe

des die Klage abweisenden Berufungsurteils:

Eine andere Betrachtungsweise wird auch nicht dadurch gerechtfertigt, daß das Brustbild des Matrosen, wie unbestritten, und auch das des Schwimmgürtels, wie nach den vorgelegten Einträgen in der Zeichenrolle als erwiesen anzusehen ist, für Tabak und Cigarren ein Freizeichen bildet, und daß Freizeichen (nach § 4 des Gesetzes) Gegenstand eines Ausschließungsrechts nicht sein können. Denn dies letztere gilt allerdings für bestimmte Zeichen, welche für gewisse Warengattungen — mit oder ohne individuelle, als unwesentlich sich darstellende Abweichungen im einzelnen — allgemein im Gebrauch sind; es gilt aber nicht dann, wenn das diesem Freizeichen zu Grund liegende Motiv, ihr allgemeines Schema, durch solche Besonderheiten seiner Ausgestaltung, welche eine sofort erkennbare, auffällige Verschiedenheit von allen bisher gebräuchlichen Zeichen dieser Art aufweisen, zu einem eigenartigen, neuen Zeichen gemacht erscheint, wie dies gerade bei der Warengattung Tabak seit alter Zeit der Fall ist, sofern die hiefür allgemein üblichen Typen: der nackte Mohr, der rauchende Pastor, der blaue Reiter und dergl. trotz der Allgemeinheit des ihnen zu Grund liegenden Typus als besondere Zeichen dann geschützt sind, wenn die individuellen Abweichungen so bedeutend und auffallend sind, daß die Gefahr einer Verwechslung mit einer der bisher gebräuchlichen Ausbildungen des Typus im Verkehr als ausgeschlossen, die besondere Ausgestaltung als neues, eigenartiges Zeichen sich darstellt. Dies letztere trifft nun aber hier, wie schon oben gezeigt, sowohl beim Seemann wie beim Schwimmgürtel im Bild der Bekl. zu.

Erscheinen zwei Freizeichen zu einem Zeichen mitein-

ander verbunden (wie im vorliegenden Fall Seemann und Schwimmgürtel), so hängt die Entscheidung der aufgeworfenen Frage wesentlich davon ab, ob die Art, wie in den zur Vergleichung stehenden Gesamtzeichen je die beiden Freizeichen miteinander verbunden sind, eine wesentliche, Verwechslung ausschließende, Verschiedenheit aufweist oder nicht; auch aus diesem Gesichtspunkt beurteilt aber ist die von der Klin. behauptete Verwechslungsgefahr zu verneinen.

Vermag[1]) schon die Verschiedenheit der räumlichen Nebeneinanderstellung der beiden Freizeichen in dem einen und in dem anderen der in Frage stehenden Gesamtzeichen eine Gefahr der Verwechslung beider auszuschließen und ein neues schutzfähiges Zeichen zu begründen, so ist dies vollends hier außer Zweifel, wo ja die beiden Freizeichen (Seemann und Gürtel) nicht einfach nebeneinandergestellt, sondern in bildlicher, aber je eigenartiger Weise verknüpft sind: im Zeichen der Klin. zu einem gerahmten Bildnis eines Matrosen mit dessen Umgebung, im Zeichen der Bekl. zu einem Sittenbild: dem seine Pfeife rauchenden und den Rettungsgürtel haltenden Schiffsmann; die beiden Freizeichen sind bei der Klin. in einen Kreis, bei der Bekl. in ein Viereck zusammengefaßt. Mit gutem Grund hat denn auch die Klin., nach der von ihr vorgelegten Urkunde vom 7. März 1904 bei Eintragung ihrer Marke ihren Schutzanspruch beschränkt auf „die Kombination der Bilder" (und auf ihren Namen) unter Preisgabe der übrigen Sachen und kann sie deshalb, gemäß § 23 Abs. 3 unseres Warenzeichengesetzes, einen weitergehenden Markenschutz, als den in dem Staat ihrer Niederlassung für die Kombination als solche erlangten, in Deutschland nicht in Anspruch nehmen.

Urteil des I. Civilsenats vom 10. Juni 1904 i. S. Georgii und Harr gegen Player and Sons.

13.

1. Sondergutseigenschaften von Sachen, die an sich

1) Nach der Entscheidung des R.G. II. Civilsenats vom 24. April 1900 Patentblatt Bd. 7 S. 120.

zur Errungenschaft gehören würden, zufolge Vereinbarung der Eheleute.

2. Zur Auslegung des § 45 K.O.

Die Klägerin hat im Konkurs ihres Ehemanns gewisse Wertpapiere mit Absonderungsrecht beansprucht. Das Güterrecht, in dem Klägerin mit ihrem Mann lebt, ist die landrechtliche Errungenschaftsgemeinschaft. Im übrigen aus den

Gründen:

Es handelt sich nun noch um das Eigentum der Klägerin an den während der Ehe aus den Zinsen der ihr gehörigen Wertpapiere und aus Gelegenheitsgeschenken angeschafften drei Wertpapiere über zusammen 1500 Mk. Zutreffend hat die Civilkammer ausgeführt: die Zinsen aus den von einem Ehegatten beigebrachten Kapitalien gehören zur Errungenschaft und ebenso die aus solchen Zinsen angeschafften Wertpapiere. Dasselbe mag von Wertpapieren gelten, die teils aus solchen Zinsen, teils aus Mitteln des Sonderguts (wie Gelegenheitsgeschenken und dgl.) angeschafft werden. An sich also würden die in Rede stehenden Wertpapiere zur Errungenschaft gehören (auf welche die Klägerin zufolge ihrer Anrufung der weiblichen Freiheiten verzichtet hat.) Die Eheleute konnten aber vereinbaren, daß diese an sich zur Errungenschaft gehörigen Wertpapiere als Sondergut (Eigentum) der Ehefrau gelten sollen [1]). Diesfalls hindert der § 45 K.O. nicht, die Wertpapiere als Eigentum der Frau anzusehen, weil der Fall dem gleichzustellen ist, da eine Frau eine Sache durch ein Rechtsgeschäft mit dem Mann, also vom Mann, nicht mit dessen Mitteln erworben hat [2]). Eine ausdrückliche Vereinbarung des bezeichneten Inhalts hat Klägerin nicht behauptet, es kann also nur eine

---

1) Lange a. a. O. § 47 Ziff. I; Mayer, Familien- u. s. w. Recht § 19 II, 4.

2) vgl. Petersen und Kleinfeller: K. O. 3. Aufl. Anm. 3 und Anm. 1 Abs. 3 zu § 37 (a. F.), Seuffert: Konkursprozeßrecht § 16 Ziff. 3 Abs. 4 (S. 98—99); R.G. 14 nr. 6; Jäger: Kommentar zur K.O. (2. Aufl.) Anm. 11 zu § 45.

stillschweigende derartige Vereinbarung in Frage kommen. Eine solche ist aber in der Tat durch das glaubhafte eidliche Zeugnis des Ehemanns erwiesen (wie weiter ausgeführt wird).

Urteil des I. Civilsenats vom 29. Mai 1903 i. S. Blohmsche Konkursmasse gegen Blohm.

14.

1. Zum Begriff der Verzeihung i. S. des § 1570 B.G.B.

2. Eine Partei, die auf Ehescheidung klagt, kann nicht beanspruchen, daß, wenn ein von ihr geltend gemachter Ehescheidungsgrund durchgreift, auch die andern von ihr geltend gemachten Scheidungsgründe gewürdigt werden.

Die Klin. hat gegen den Bekl., ihren Ehemann, Klage auf Ehescheidung wegen mehrerer angeblicher Ehebrüche und aus § 1568 B.G.B. erhoben, Bekl. hat widerklagend Ehescheidung wegen eines Ehebruchs der Klin. verlangt, den diese zugab, von dem sie aber behauptete, Bekl. habe ihn verziehen, was Bekl. bestritt. Das Landgericht hat die Ehe „wegen Ehebruchs des Bekl. mit M. R. und A. B., sowie wegen Ehebruchs der Klin. mit K. B." geschieden. Klin. hat Berufung eingelegt mit dem Antrag, die Ehe nur wegen Ehebruchs des Bekl. mit M. R., A. B., B. S. und E. S. und auf Grund des § 1568 B.G.B. zu scheiden. Die Berufung ist zurückgewiesen worden.

Aus den

Gründen:

Mit Recht hat die Civilkammer angenommen, in dem, was nach der Angabe des B. der Bekl. im August oder September 1901 an die Klin. geschrieben hat, nachdem sie endgültig abgelehnt hatte, sich wieder mit ihm zu vereinigen, sei eine Verzeihung i. S. des § 1570 B.G.B. nicht zu finden. Der Brief enthält die Versicherung, keine feindselige Gesinnung gegen die Klin. und B. hegen zu wollen, nimmt aber

zugleich die Scheidung der Ehe der Parteien und die Verheiratung der Klin. mit B. in Aussicht; er will also nicht zum Ausdruck bringen, daß Bekl. „die Ehe nicht oder nicht mehr als durch das Verhalten" der Klin. „zerrüttet ansieht[1])."

Bekl. hat deshalb damit nicht eine Verzeihung im Rechtssinn ausgesprochen.

Was aber die Vorgänge vom Juni 1901 anlangt, so hat nach der eigenen Darstellung der Klin. Wbkln. der Bekl. — ehe sie ihm nach Nürnberg folgte — die Ankündigung seiner Verzeihung stets entweder an die Bedingung geknüpft, daß Klin. zu ihm zurückkehre oder doch mit der Aufforderung zu solcher Rückkehr verbunden. Es besteht daher für das Gericht kein Zweifel darüber, daß die Aeußerungen des Bekl. dahin zu verstehen waren, — wie auch die Klin. nicht verkennen konnte —, daß er der Klin. verzeihen wolle, falls sie das eheliche Leben mit ihm wiederherstelle. Eine solche bedingte Verzeihung ist ganz wohl möglich, da es bei der Verzeihung im Rechtssinn nicht auf die mehr oder weniger versöhnliche Gesinnung des betreffenden Ehegatten ankommt, vielmehr die Verzeihung die Kundgebung eines Willensaktes ist, dem die Gesinnung nicht entsprechen muß. Wenn daher auch der Bekl. den Ehebruch der Klin. mit B. keineswegs als ein Hindernis angesehen haben mag, die Ehe mit der Klin. fortzusetzen, so konnte er doch seine Verzeihung dieses Ehebruchs an die Bedingung knüpfen, daß Klin. das eheliche Leben mit ihm wiederherstelle. Diese Bedingung war nicht eher erfüllt, als bis eine auf Dauer berechnete Wiedervereinigung der Ehegatten stattgefunden hatte. Eine solche läßt sich aber darin nicht finden, daß Klin. dem Bekl. nach Nürnberg gefolgt ist und dort zwei Tage mit ihm in freundschaftlichem Verkehr zusammengelebt hat: denn zu einem die Versöhnung besiegelnden geschlechtlichen Verkehr der Parteien ist es — aus was immer für einem Grund — nicht gekommen, der laut eines Briefs des Bekl. geplante Vertrag ist

1) Planck, Anm. 1 zu § 1570 B.G.B.; vgl. Mot. zu § 1446 E.B.G.B. Bd. 4 S. 602; auch R.G. in J.W. S. 1902 S. 13.

nicht zum Abschluß gekommen, die von der Klin. erhobene Ehescheidungsklage ist nicht zurückgenommen worden. Unter diesen Umständen ist klar, daß eben noch alles in der Schwebe, noch keine endgültige Entscheidung über das Verhältnis der Parteien getroffen und eben deshalb auch die Bedingung nicht eingetreten war, an die der Bekl. seine Verzeihung geknüpft hatte.

Soweit die Berufung der Klin. gegen das Urteil in der Vorklage gerichtet ist, erscheint sie unzulässig. In der Vorklage ist nach dem Antrag der Klin. auf Ehescheidung erkannt und der Bekl. für den schuldigen Teil erklärt. Mehr kann Klin. nicht verlangen und kann nicht ausgesprochen werden, auch wenn Bekl. sich noch weiterer Ehebrüche als der im erstrichterlichen Urteil festgestellten schuldig gemacht haben und eine Ehescheidung auch auf Grund des § 1568 B.G.B. gerechtfertigt sein sollte. Wenn ein Ehegatte auf Ehescheidung klagt und zur Begründung anführt, der verklagte Teil habe mit einer Mehrzahl von Personen Ehebruch begangen, so sind nicht etwa so viele Klaganträge gestellt, als Personen angegeben sind, mit denen der Bekl. Ehebruch begangen haben soll, sondern es liegt ein Klagantrag vor, der dahin geht, die Ehe zu scheiden (und den Bekl. für den schuldigen Teil zu erklären). Wenn in Urteilen auf Ehescheidung wegen Ehebruchs die Ehebrüche, wegen deren die Scheidung erfolgt, in der Urteilsformel aufgeführt zu werden pflegen, so beruht dies auf Zweckmäßigkeitsrücksichten im Hinblick auf die Bestimmung des § 1312 B.G.B., ändert aber nichts daran, daß der wesentliche Inhalt des Urteils eben der ist: „die Ehe der Parteien wird geschieden, Bekl. trägt die Schuld an der Scheidung.“ Ganz dasselbe gilt, wenn eine Klage sowohl auf Ehebruch des Bekl., als auf § 1568 B.G.B. gestützt ist. Ist die Ehe dem Klagantrag entsprechend geschieden, so ist dem Klagantrag vollkommen entsprochen, und daher Berufung des klagenden Teils nicht aus dem Grund statthaft, weil nicht alle von ihm angeführten Ehescheidungsgründe berücksichtigt seien (einen ganz anderen Fall, in dem die Berufung

des obsiegenden klischen Ehegatten für zulässig erachtet wurde zwecks Erwirkung bloß zeitlicher Trennung statt der ausgesprochenen Ehescheidung, behandelt R.G. 36 nr. 87). Soviel ersichtlich, sind die Gerichte stets davon ausgegangen, daß, wenn von vielen behaupteten Ehebrüchen nur einer erwiesen sei, die Scheidung der Ehe ausgesprochen werden könne, ohne daß es eines Eingehens auf die weiteren Ehebrüche bedürfte; die gegenteilige Meinung läßt sich auch nicht darauf stützen, daß der Ehegatte des Ehebrechers ein Recht darauf habe, die Ehe des letzteren mit irgend einer der Personen zu verhindern, mit der der Ehebruch erfolgt ist; denn der § 1312 B.G.B. setzt, wie seine Stellung im Gesetz und der Inhalt seines zweiten Absatzes beweist, kein derartiges Recht des unschuldigen Teils fest, sondern beruht auf Gründen des öffentlichen Interesses oder der öffentlichen Sittlichkeit.

Urteil des I. Civilsenats vom 26. Juni 1903 i. S. Hunewell g. Hunewell.

Das Reichsgericht hat die Revision der Klin. zurückgewiesen [1]).

15.

Das Vermächtnis eines Wohnungsrechts begründet bei Aufgabe der Wohnung keinen Anspruch auf die vom Beschwerten durch Vermieten der Wohnung gezogenen Früchte.

Dem Kl. war das Recht vermacht, die von ihm gemietete Wohnung 3 Jahre nach dem Tod des Erblassers unentgeltlich benützen zu dürfen. Als Kl. vor Ablauf der 3 Jahre auszog, vermietete der Erbe die Wohnung anderweit. Der Anspruch des Kl. auf den in den dreijährigen Zeitraum fallenden Mietzins ist abgewiesen worden.

Gründe:

An sich, d. h. wenn die Bestimmung des § 2184 B.G.B. nicht getroffen wäre, könnte der Vermächtnisnehmer, der nur

1) vgl. jetzt auch R.G. 55 nr. 57 und in J.W. S. 1904 S. 410 nr. 20.

einen obligatorischen Anspruch durch das Vermächtnis erlangt, die Nutzungen des ihm vermachten, zur Erbschaft gehörenden Gegenstandes, sei es einer Sache oder eines Rechtes, erst von dem Zeitpunkt an verlangen, wo er den Beschwerten in Verzug gesetzt oder seinen Anspruch rechtskräftig gemacht hat. Die hierin für den Vermächtnisnehmer liegende Härte, deren Bedeutung erhellt, wenn man ins Auge faßt, daß der Vermächtnißnehmer den beschwerten Erben vor Annahme der Erbschaft nicht in Verzug setzen und nicht einklagen kann, und daß die Annahme der Erbschaft und hiedurch wie durch sonstige Umstände auch die Erfüllung des Vermächtnisses sich erheblich verzögern kann, wollte der Gesetzgeber beseitigen, indem er aus Billigkeitsrücksichten und um dem mutmaßlichen Willen des Erblassers gerecht zu werden, dem Vermächtnisnehmer den Anspruch auch auf „die in der Zeit zwischen dem Anfall und der Leistung von dem vermachten Gegenstand gezogenen Früchte [1])" gewährte. Dieser vom Gesetzgeber mit der Vorschrift des § 2184 verfolgten Zweck darf bei der Auslegung dieser Bestimmung nicht außer acht gesetzt werden, und es ist hienach als Voraussetzung des von § 2184 dem Vermächtnisnehmer gewährten Anspruches auf Herausgabe bezogener Früchte zu fordern einmal, daß in der Zeit von dem Anfall des Vermächtnisses bis zur Leistung des vermachten Gegenstandes Früchte aus letzterem gezogen worden sind und sodann, daß das vermachte Recht an sich das Recht auf Früchtebezug in sich schließt.

Keine dieser beiden Voraussetzungen trifft hier zu. Das dem Kl. vermachte Recht der Wohnungsbenutzung enthält lediglich das Recht, die fraglichen Räume für sich und seine Familie, sowie die zur Bedienung und Pflege erforderlichen Personen als Wohnung zu benutzen. Da er dieses Recht nicht auf einen andern übertragen und auch dessen Ausübung nicht einem andern überlassen kann, so ist ihm eben damit die rechtliche Möglichkeit entzogen, aus seinem Wohnungs-

1) Motive 5 S. 194. 195.

rechte Früchte, d. h. vermöge eines Rechtsverhältnisses, nämlich durch Vermietung der Räume, Erträge zu ziehen. Und was die andere Voraussetzung anlangt, so hat der beschwerte Erbe in der Zeit zwischen dem Anfall des Vermächtnisses und der Leistung keine Früchte aus der Wohnung gezogen, sondern die Wohnung sofort mit dem Anfall des Vermächtnisses und ohne jede Verzögerung dem Vermächtnisnehmer zur unentgeltlichen Benutzung überlassen, welch letzterer sie auch vom Erbfall an auf Grund seines Vermächtnisanspruches in Besitz und Genuß gehabt hat.

Aber auch auf § 812 B.G.B. läßt sich der Anspruch des Klägers nicht stützen, und zwar um deswillen nicht, weil der Beklagte die von ihm vereinnahmten Mietzinse nicht auf Kosten des Klägers erlangt hat. Der Kläger hat am 26. Juni 1901 die Wohnung, deren Benutzungsrecht ihm vermacht und die ihm von dem Bekl. überlassen war, verlassen und eine Wohnung in seinem eigenen Hause bezogen. Will man hierin auch mit dem Vorderrichter einen Verzicht auf das Wohnungsrecht nicht erblicken, weil der Kl. die Wohnung abgeschlossen und die Schlüssel mitgenommen hat, so liegt doch in der Räumung der Wohnung im Hause des Bekl. und dem Beziehen einer anderen Wohnung im eigenen Hause die tatsächliche Aufgabe der Ausübung des vermachten Wohnungsrechtes. Durch dieses Aufgeben der bisherigen Wohnung und Beziehen einer anderen Wohnung im eigenen Hause hat der Kl. seine Vermögenslage insofern vermindert, als er während der Ausübung seines Wohnungsrechtes unentgeltlich gewohnt hatte, während seine neubezogene Wohnung einen Vermögensaufwand sei es durch Verzinsung des Kapitalwertes dieser Wohnung oder durch Nichtbezug von Kapital- oder Mietzinsen verursachte. Diese im Vergleich mit dem früheren Stand seines Vermögens weniger günstige Vermögenslage ist von dem Kl. selbst eben durch Aufgabe der Ausübung seines Wohnungsrechtes bewirkt worden. An dieser so geschaffenen Vermögenslage des Kl. ist durch die Vermietung der vom Kl. verlassenen Wohnung lediglich nichts

verändert worden. Der Kl. war nicht berechtigt, aus der Wohnung irgend welche Früchte zu ziehen, da sich sein Recht in Beziehung auf die Wohnung in deren Benutzung für sich selbst und seine Familie erschöpfte. Wenn daher der Bekl. die vom Kl. geräumte Wohnung anderweitig verwertet und durch deren Vermietung Früchte gezogen hat, so kann nicht gesagt werden, daß diese aus irgend einer Rücksicht des Rechtes oder der Billigkeit dem Kl. gebühren. Seine Vermögenslage ist durch die Vermietung der Wohnung nicht berührt worden, sie blieb dieselbe, ob die von ihm verlassene Wohnung leer stand oder von einem andern mit oder ohne Bezahlung von Mietzinsen bezogen wurde. Die von dem Bekl. vereinnahmten Mietzinse sind nicht aus dem Vermögen des Kl. erlangt, der Bekl. ist nicht auf Kosten des Kl. bereichert, und es bleibt kein Raum für eine Ausgleichung zwischen dem Vermögen des Kl., welcher durch Aufgeben der Ausübung seines Wohnungsrechtes tatsächlich über einen Bestandteil seines Vermögens verfügt und hiedurch seine Vermögenslage ungünstiger gestaltet hat, und dem Vermögen des Bekl., welcher von der ihm durch diese Verfügung des Klägers gegebenen Möglichkeit Gebrauch machend die vom Kl. verlassene Wohnung vermietet und auf solche Weise Früchte bezogen hat, deren Bezug für den Bekl. infolge des beschränkten Inhalts seines Rechtes rechtlich ausgeschlossen war.

Urteil des I. Civilsenats vom 6. Februar 1903 in Sachen Herold g. Heusel.

16.

1. Behandlung von Eigentümer-, Amortisations- und Sicherungshypotheken im Zwangsversteigerungsverfahren.

2. Zur Auslegung des § 37 Ziff. 4 Zwangsverst. Ges. und Art. 215 A.G.z.B.G.B.

Anläßlich des Konkurses des J. L. gelangten Grundstücke der L.schen Eheleute zur Zwangsversteigerung, auf

denen zur Zeit der Anordnung der Zwangsversteigerung — 20. März 1902 — u. a. folgende Hypotheken eingetragen waren:

a. Zwei Hypotheken für Annuitäten-Darlehen der Allgemeinen Rentenanstalt in St. im Betrag von (restlichen) 36 990 Mk. 78 Pf. und 31 000 Mk., — beide schon vor 1. Januar 1900 bestehend — nebst je einer Kostenkaution von 500 Mk.

b. Hypothek der Witwe S. für eine Darlehensforderung von 21 000 Mk. nebst einer Kostenkaution von 500 Mk.;

c. Sicherungshypothek der Beklagten für eine Forderung von 143 000 Mk. (ins Grundbuch eingetragen im April 1900).

Für die erwähnten drei Kostenkautionen ist — wie im Termin zur Verteilung des Versteigerungserlöses festgestellt wurde — vor Einleitung des Zwangsversteigerungsverfahrens und in diesem eine Forderung nicht entstanden. In dem zur Verteilung des Zwangsversteigerungserlöses von 132 000 Mk. (wovon nach dem Teilungsplan Bekl. 34 925 Mk. 43 Pf. erhalten sollte) anberaumten Termin vom 7. Juli 1902 hat die Allgemeine Rentenanstalt anerkannt, daß am Kapital ihrer ersten Hypothekenforderung vor 1. Januar 1900 542 Mk. 18 Pf., nach 1. Januar 1900 2256 Mk. 35 Pf., am Kapital ihrer zweiten Hypothekenforderung nach dem 1. Januar 1900 1059 Mk. 66 Pf. bezahlt worden sind. Die nach Abzug dieser Beträge verbleibenden Hypothekenforderungen der Rentenanstalt hat nachträglich der Ersteher der Grundstücke als Schuldner mit 33 605 Mk. 82 Pf. und 29 196 Mk. 66 Pf. übernommen.

Es hat sich nun Streit erhoben unter den Parteien über die Verteilung der eben genannten Beträge von (3 × 500 =) 1500 + 542,18 + 2256,35 + 1059,66 Mk. = 5358 Mk. 19 Pf. Der Versteigerungskommissär hat diese Beträge den L.schen Eheleuten zugewiesen. Hiegegen hat der Konkursverwalter und die Landesbank (Beklagte) Widerspruch erhoben, indem ersterer diese 5358 Mk. 19 Pf. für die Konkursmasse, letztere

sie für sich beanspruchte. Die L.schen Eheleute haben auf die 5358 Mk. 19 Pf. ihrerseits verzichtet. Der Zwangsversteigerungskommissär hat beschlossen, die vor 1. Januar 1900 bezahlten 542 Mk. 18 Pf. seien der Landesbank auszubezahlen, wenn bezüglich dieses „vor 1. Januar 1900 am Kapital abbezahlten und dadurch erloschenen Forderungsbetrags" die Berichtigung des Grundbuchs nachgewiesen werde. Bis zur Erledigung der erhobenen Widersprüche wurden die 5358 Mk. 19 Pf. hinterlegt. Am 23. Oktober 1902 ist an der ersten Hypothek der Rentenanstalt der Betrag von 542 Mk. 18 Pf. gelöscht worden, am 20. und 21. Februar 1903 erfolgte auf Ersuchen des Zwangsversteigerungskommissärs die Löschung der 2256 Mk. 35 Pf. und 1059 Mk. 66 Pf. nebst den bis 1. Januar 1902 verfallenen Halbjahrsraten und 2 Kostenkautionen der Allgemeinen Rentenanstalt; am 15. Januar 1903 hatte die Rentenanstalt den klagenden Konkursverwalter aufgefordert, seine nach § 27 Abs. 1 G.B.O. erforderliche Zustimmung zur Löschung des an der ersten Hypothek abbezahlten Betrags von 2256 Mk. 35 Pf. und der für diese Hypothekarforderung bestellten Kostenkaution zu geben, da ihr an den belasteten Grundstücken eine weitere, vor 1. Januar 1900 eingetragene Hypothek zustehe und sie deshalb gemäß Art. 215 württ. A.G. zum B.G.B. Anspruch auf Löschung dieser Beträge habe; einen entsprechenden, auf Art. 215 gestützten Löschungsantrag hat die Rentenanstalt schon im Verteilungstermin übergeben; der Konkursverwalter hat aber diese Zustimmung verweigert, weil die den L.schen Eheleuten betreffs dieser Beträge angefallenen Eigentümerhypotheken gemäß § 91 Zw.V.Ges. mit dem Zuschlag der Hypothekengrundstücke erloschen seien. Ueber den Anspruch der Rentenanstalt auf die fragliche Löschung ist zur Zeit zwischen ihr und der Konkursmasse ein Rechtsstreit anhängig. Die oben unter b erwähnte Kostenkaution von 500 Mk. ist auf das erwähnte Ersuchen des Kommissärs zur Löschung gelangt.

Beide Parteien haben rechtzeitig Widerspruchsklage gegen den Teilungsplan erhoben.

Im Berufungsverfahren ist erkannt worden: „der in dem angefochtenen Urteil bezeichnete Teilungsplan wird unter Abweisung der weitergehenden Anträge der Parteien dahin berichtigt, daß von der unter Ziff. 6 dieses Teilungsplans aufgeführten Summe von 3298 Mk. 53 Pf. der Betrag von 2256 Mk. 35 Pf. der Klägerin, der Betrag von 500 Mk. (neben dem weiteren, außer Streit befindlichen Betrag von 542 Mk. 18 Pf.) der Beklagten, von der unter Ziff. 10 aufgeführten Summe von 1559 Mk. 66 Pf. der Betrag von 1059 Mk. 66 Pf. der Klägerin, der Betrag von 500 Mk. der Beklagten zugeteilt wird."

Gründe.

I. Soweit der Gemeinschuldner L. am Kapital der Darlehensforderungen der Allgemeinen Rentenanstalt nach dem 1. Januar 1900 Abschlagszahlungen geleistet hat, entstanden nach den für Württemberg auch in dieser Richtung seit 1. Januar 1900 maßgebenden Grundsätzen für die L.schen Eheleute gemäß § 1163 Abs. 1 Satz 2, §§ 1176 („Teilbetrag"), 1177 B.G.B. Eigentümer-Grundschulden. Auf die hierauf entfallenden Beträge des Zwangsversteigerungserlöses hatte somit nach allgemeinen Grundsätzen der Grundstückseigentümer (L. und dessen Frau) Anspruch, an dessen Stelle unbestrittenermaßen die klagende Konkursmasse tritt. Es fragt sich, ob diesem Ergebnis Sonderbestimmungen des B.G.B. oder anderer Gesetze, insbesondere des Zwangsversteigerungsgesetzes, entgegenstehen.

II. Als eine solche entgegenstehende Bestimmung sieht Bekl. zunächst § 37 Z. 4 in Verbindung mit § 110 Zw.-Verst.Ges. an, wonach Rechte, die zur Zeit der Eintragung des Versteigerungsvermerks aus dem Grundbuch nicht ersichtlich waren und nicht rechtzeitig im Zwangsversteigerungsverfahren angemeldet worden sind, bei der Verteilung den übrigen Rechten nachstehen. Bekl. meint, dies treffe für die Eigentümergrundschulden L.s zu, weil diese in dem bezeichneten Zeitpunkt nicht im Grundbuch eingetragen gewesen und nicht rechtzeitig angemeldet worden seien. Diese Ansicht

ist unrichtig: § 37 Z. 4 spricht von dem Fall, da ein Recht nicht im Grundbuch eingetragen ist, nicht von dem Fall, da die Person des Berechtigten im Grundbuch nicht richtig angegeben ist. Nur der letztere Fall steht aber in Frage: aus dem Grundbuch war ersichtlich, daß auf den in Rede stehenden Grundstücken Hypotheken im Betrag von 36 990 Mk. und 31 000 Mk. lasteten; von Anfang an war also damit zu rechnen, daß zwei der Hypothek der Bekln. vorgehende Hypotheken in den vollen oben genannten Beträgen auf den Grundstücken ruhten. Nicht ersichtlich war allerdings, daß diese Hypotheken zum Teil auf den Grundstückseigentümer übergegangen waren, das war aber für die Aufstellung des Teilungsplans gemäß § 114 Zw.Verst.Ges. insofern ohne Bedeutung, als hienach die auf die eingetragenen Hypotheken sich stützenden Ansprüche (soweit sie zu Recht bestanden) unter allen Umständen vor dem Anspruch der Bekl. zur Befriedigung kommen mußten. Der Civilkammer ist daher im Ergebnis beizustimmen, daß Bekl. nicht auf Grund der §§ 37 Z. 4, 110 Zw.Verst.Ges. die Zuteilung der Beträge von 2256 Mk. 35 Pf. und 1059 Mk. 66 Pf. an sie verlangen kann.

III. Sofern Bekl. geltend zu machen sucht, die Tilgungsbeiträge der Annuitäten-Darlehen der Rentenanstalt seien „Nebenleistungen" i. S. des § 1178 B.G.B., genügt es, auf die eingehenden und zutreffenden Ausführungen zu verweisen, womit die beiden höchsten deutschen Gerichte diese Ansicht als unrichtig zurückgewiesen haben [1]). Die Folgerungen, die die Bekl. aus jener Ansicht gezogen hat, sind daher hinfällig.

IV. Neuerdings ist [2]) die Meinung vertreten worden: bei den sog. Amortisationshypotheken (wie solche die Hypotheken der Rentenanstalt darstellen) erlösche die Schuld in keinem Teil zufolge der vom Schuldner vertragsmäßig geleisteten Zahlungen vor Vollendung der Amortisation, bis

1) vgl. Reichsger. 54 Nr. 27; bayer. oberstes Landesgericht bei Seuffert 58 Nr. 170.

2) vgl. Kretzschmar in D. Jurist.Zeitg. 1903 S. 331 ff.

dahin sei die Verminderung der Schuld „eine bloß rechnungsmäßige", die gezahlten Tilgungsbeiträge bilden „zunächst eine lediglich rechnungsmäßige Größe, den sog. Tilgungsfonds", eine Eigentümerhypothek gelange daher erst mit Vollendung der Amortisation zur Entstehung. Für das Zwangsversteigerungsverfahren wird hieraus gefolgert: „Gehört" (wie im vorliegenden Fall) „die Hypothek zu den Rechten, die durch den Zuschlag erlöschen, so erhält der Gläubiger denjenigen Betrag seiner Forderung, der noch nicht getilgt ist; der Rest der Hypothek wird zur Verteilung für die nachfolgenden Berechtigten frei, nicht etwa gebührt er dem Eigentümer —." Dessen Interessen seien dadurch geschützt, „daß er bis zum Zuschlag den getilgten Teil der Hypothek wieder aufnehmen kann."

Es mag sein, daß eine derartige Rechtslage bei Amortisationshypotheken vertragsmäßig geschaffen werden kann und vielfach geschaffen wird [1]; notwendig ist dies aber nicht; vielmehr kann der Wille der Beteiligten auch dahin gehen, daß die vom Schuldner zu zahlende Jahresrente teils Kapital-, teils Zinsenzahlung sein und der Betrag der Kapitalabzahlung sich alljährlich um den Betrag erhöhen solle, um den sich die Zinsen zufolge der allmählichen Tilgung des Kapitals vermindern. Die Zulässigkeit einer derartigen Regelung des Rechtsverhältnisses ergibt sich aus allgemeinen Grundsätzen und ist augenscheinlich auch in der Bestimmung des § 21 Abs. 2 des Hypothekenbankgesetzes vom 13. Juli 1899 vorausgesetzt [2]. Im vorliegenden Fall war in der Tat eine derartige Regelung vertragsmäßig getroffen: in dem Grundbuchauszug ist gesagt: „Durch Entrichtung der Renten bis 1. Januar 1899 ist an dem ursprünglichen Kapital der Betrag von 3009 Mk. 22 Pf. abgetragen"; im Zwangsversteigerungsverfahren sind alle Beteiligten — wie die Behandlung der Sache ergibt — davon ausgegangen, daß durch die Zahlungen L.s am Kapital der Forderungen der Rentenanstalt 2256 Mk.

1) vgl. R.G. 3 Nr. 63 S. 225–26.

2) vgl. hiezu R.G. 54 nr. 27 S. 90 Abs. 2, S. 92 Abs. 1 a. E.

35 Pf. und 1059 Mk. 66 Pf. abbezahlt worden seien, und auch im gegenwärtigen Rechtsstreit hat sich kein Teil auf einen andern Standpunkt gestellt. Eine derartige Regelung des Rechtsverhältnisses wahrt auch die Interessen des Schuldners besser als die von Kretzschmar vertretene: der Schuldner kann jederzeit vom Gläubiger die Einwilligung zu einem Eintrag im Grundbuch verlangen, durch den festgestellt wird, wieviel an seiner Schuld bisher abbezahlt ist, und kann in Höhe dieses Betrags eine neue, der Hypothek des Amortisationsgläubigers im Rang grundsätzlich — vgl. § 1176 B.G.B. — gleichstehende Hypothek bei einem beliebigen Dritten aufzunehmen, während es bei einer Regelung des Rechtsverhältnisses in der von Kretzschmar angeführten Weise von dem Belieben des Amortisationsgläubigers abhängt, ob er dem Schuldner auf die bestehende Hypothek wieder einen dem abbezahlten Betrag gleichkommenden Betrag leihen will oder nicht.

V. Den an der ersten Hypothekforderung der Rentenanstalt abbezahlten Betrag von 2256 Mk. 35 Pf. hat die Civilkammer der Bekl. zugesprochen, indem sie mit der Bekln. davon ausgeht, für diesen Betrag sei gemäß Art. 215 A.G.B.G.B. die Rentenanstalt mit der für ihr zweites Darlehen bestellten Hypothek in die leer gewordene Stelle nachgerückt und demgemäß sei ein Mehrbetrag von 2256 Mk. 35 Pf. über den im Teilungsplan berechneten zur Zuteilung an die Bekl. frei geworden. Diese Ansicht vermag das Berufungsgericht nicht zu teilen.

1. Nach dem — auf der Ermächtigung des Art. 194 E.G. beruhenden — Art. 215 A.G. zum B.G.B. „kann" ein Gläubiger, dessen Hypothek am 1. Januar 1900 besteht, „die Löschung eines im Rang vorgehenden oder gleichstehenden Pfandrechts, falls dieses sich mit dem Eigentum in einer Person vereinigt, in gleicher Weise verlangen, wie wenn zur Sicherung des Rechts auf Löschung eine Vormerkung in das Grundbuch eingetragen wäre." Außer Streit ist, daß auf Grund dieser Bestimmung die Rentenanstalt bis zu dem Zuschlag

der in Rede stehenden Grundstücke im Zwangsversteigerungsverfahren die Löschung der für den Grundstückseigentümer durch die Abzahlung eines Teils des Kapitals entstandenen Eigentümer-Hypothek oder -Grundschuld hätte verlangen können (vgl. in Betreff des einzuschlagenden Verfahrens § 895 B.G.B.); wäre ein solches Verlangen erfüllt worden, so wäre die Folge gewesen, daß die bestrittenen 2256 Mk. 35 Pf. der Beklu. zuzuteilen gewesen wären. In Wirklichkeit aber hat unbestrittenermaßen die Rentenanstalt von dem ihr durch Art. 215 eingeräumten Recht bis zum Termin über die Verteilung des Versteigerungserlöses (vom 7. Juli 1902) keinen Gebrauch gemacht; erst in diesem Termin hat sie (nicht gegenüber dem Grundbuchbeamten, sondern gegenüber dem Versteigerungskommissär) Löschung der für den abbezahlten Betrag von 2256 Mk. 35 Pf. bestehenden Hypothek verlangt; Klin. hat aber diesem Verlangen widersprochen und es ist über diesen Punkt ein Rechtsstreit zwischen ihr und der Rentenanstalt anhängig.

2. Als die Rentenanstalt die fragliche Löschung verlangte, stand bereits fest, daß sie auch für ihre nachstehende Hypothek volle Deckung erhielt; sie hatte daher an der Löschung kein Interesse mehr. Der Zweck der Bestimmung des Art. 215 a. a. O. ist der, den Pfandgläubiger, der schon zu der Zeit, da das Grundbuch als angelegt zu betrachten ist, ein Pfandrecht hat, vor einer durch die neue Rechtsgestaltung zufolge Inkrafttretens des Bürgerlichen Gesetzbuchs ihm drohenden Benachteiligung zu schützen. Von einer solchen Benachteiligung war die Rentenanstalt, als sie die Löschung verlangte, nicht bedroht; der Wegfall der Eigentümerhypothek oder -Grundschuld würde lediglich der Beklu. zu gut kommen, die ihrerseits auf diesen Wegfall keinerlei Recht hat; der Absicht des Gesetzgebers würde es nicht entsprechen, wenn ein Hypothekengläubiger, dessen volle Befriedigung nach dem Ergebnis des Zuschlags im Zwangsversteigerungsverfahren feststeht, nach seinem Belieben, je nachdem er nachträglich einen Antrag auf Löschung einer seiner Hypothek vorgehenden Eigentümer-

hypothek stellen würde oder nicht, den auf diese Eigentümerhypothek entfallenden Teil des Versteigerungserlöses einem Nachhypothekar oder aber der Konkursmasse zuwenden könnte.

3. Die Civilkammer geht von dem Satz aus, „daß, wenn auch die Hypotheken gemäß § 91 Zw.V.G. durch den Zuschlag erlöschen, sie doch für das Verteilungsverfahren als fortbestehend anzusehen sind." Aus diesem Satz, der — richtig verstanden — nicht beanstandet werden soll, ergibt sich, daß an Stelle einer gemäß § 91 Zw.V.G. erloschenen Hypothek der Anspruch auf Befriedigung aus dem Erlös tritt, soweit dieser hiezu reicht; fraglich ist aber, ob aus diesem Satz weiter folgt, daß an Stelle des Rechts, Löschung einer vorgehenden Eigentümerhypothek zu verlangen, der Anspruch auf den auf diese Eigentümerhypothek entfallenden Teil des Versteigerungserlöses tritt.

Mag es sich aber hiemit verhalten, wie es will, jedenfalls kann die Beklagte nicht Ansprüche der Rentenanstalt geltend machen: wenn zufolge eines auf Art. 215 A.G. gestützten Antrags der Rentenanstalt die ihrer zweiten Hypothek vorgehende Eigentümer-Hypothek L.s gelöscht oder der auf letztere entfallende Teil des Versteigerungserlöses der Rentenanstalt zugewiesen wäre, so würde daraus für Bekl. folgen, daß sie von dem Versteigerungserlös 2256 Mk. 35 Pf. mehr erhält, als sie nach dem Teilungsplan bekommt, und sie könnte einen Anspruch auf entsprechende Berichtigung des Teilungsplans geltend machen. In Wirklichkeit ist aber eine solche Löschung der Eigentümerhypothek auf Antrag der Rentenanstalt nicht erfolgt, weil der Konkursverwalter hiegegen Widerspruch erhoben hat, und der auf die Eigentümerhypothek L.s entfallende Teil des Versteigerungserlöses ist nicht der Rentenanstalt (sondern den L.schen Eheleuten) im Teilungsplan zugewiesen. Nun konnte wohl die Rentenanstalt diesem Teilungsplan widersprechen und — wie sie getan — Klage auf Einwilligung des Konkursverwalters in die von ihr begehrte Löschung erheben; nicht aber kann die Bekl. auf Grund der (angeblich) der Rentenanstalt

zustehenden Ansprüche Berichtigung des Teilungsplans verlangen; wenn und soweit sich die Rentenanstalt bei dem Teilungsplan beruhigt hat oder mit ihrem Löschungsanspruch im Prozeß unterliegt, hat es bezüglich der in Rede stehenden 2256 Mk. 35 Pf. dabei sein Bewenden, daß sie der Klin. zufallen; die Bekl. ist nicht in der Lage, aus eigenem Recht hiegegen Einwendungen zu erheben. Schon aus diesem Grund ist ihr Anspruch auf Zuweisung der im Teilungsplan den L.schen Eheleuten zugeteilten 2256 Mk. 35 Pf. unbegründet und fällt dieser Betrag der Konkursmasse zu.

VI. Was schließlich die drei der Rentenanstalt und der Witwe S. bestellten „Kostenkautionen" über je 500 Mk. anlangt, so stellen diese sich nach Art. 192 Abs. 1 Satz 2 E.G. zum B.G.B. als Sicherungshypotheken dar, weil nur ein Höchstbetrag, bis zu dem das Grundstück haften sollte, bestimmt war: § 1190 B.G.B.; auch eine solche Höchstbetrags-(Ultimat-)Hypothek kann sich gemäß § 1163 Abs. 1 B.G.B. in eine Eigentümer-Hypothek oder -Grundschuld verwandeln und diese Verwandlung tritt ein, sobald feststeht, daß und in welchem Betrag die Forderung, wofür die Hypothek bestellt ist, unter dem eingetragenen Höchstbetrag bleibt.

Es kann nun dahingestellt bleiben, ob im vorliegenden Fall etwa sich erst nach dem Zuschlag, also in einem Zeitpunkt, in dem die Entstehung einer Eigentümer-Hypothek nicht mehr möglich war, entschieden hat, daß die Forderungen, zu deren Sicherung die Hypotheken eingetragen waren, nicht zur Entstehung gelangt sind [1]). Denn aus anderen Gründen ist zu verneinen, daß diese Hypotheken zu Eigentümerhypotheken (oder -Grundschulden) geworden sind. Nach § 1178 B.G.B. (der auch für Hypotheken gilt, die schon zur Zeit des Inkrafttretens des Bürgerlichen Gesetzbuchs bestanden, da Art. 184 E.G. nicht Platz greift) erlischt die Hypothek „für Kosten, die dem Gläubiger zu erstatten sind", wenn sie sich mit dem Eigentum in einer Person vereinigt. Diese

1) vgl. Rspr. der Oberl.Ger. Bd. 4 Nr. 87 e.

Gesetzesbestimmung trifft nach ihrem Wortlaut im gegenwärtigen Fall zu, und hienach sind die Hypotheken für Kosten durch Vereinigung mit dem Eigentum in einer Person nicht zu Eigentümer-Hypotheken geworden, sondern erloschen. Nun ist allerdings bestritten, ob nicht entgegen dem Wortlaut des § 1178 unter den „Kosten, die dem Gläubiger zu erstatten sind", nur die Kosten zu verstehen sind, für die das Grundstück nach § 1118 B.G.B. kraft Gesetzes haftet, also „die Kosten der Kündigung und der die Befriedigung aus dem Grundstück bezweckenden Rechtsverfolgung." Aber es bedarf keiner Entscheidung, ob diese letztere Auslegung richtig ist. Denn es ist nicht behauptet und nicht ersichtlich, daß die in Rede stehenden Hypotheken noch für weitere Kosten als die in § 1118 B.G.B. genannten, bestellt waren; die einschlägigen Ausführungen der Gründe des angefochtenen Urteils beruhen auf Vermutungen, die der Begründung ermangeln: eine „Kostenkaution" hatte nach württ. Recht keineswegs einen gesetzlich bestimmten Inhalt, vielmehr mußte in jedem einzelnen Fall aus dem Inhalt der Pfandbestellung ermittelt werden, für welche Kosten die Sicherheit bestellt war. Die Bekl. hat ausdrücklich geltend gemacht: bei den Kostenkautionen sei die Entstehung von Eigentümerhypotheken gemäß §§ 1118, 1178 B.G.B. ausgeschlossen, weil die Grundstücke schon kraft Gesetzes für die Kosten der Zwangsversteigerung haften, und hat damit behauptet, die fraglichen Hypotheken seien für keine weiteren Kosten bestellt. Trotzdem und obwohl aus den Gründen des angefochtenen Urteils sich die Erheblichkeit der Frage ergab, für welche Kosten die Hypotheken bestellt waren, hat Kl. in dieser Beziehung keine Behauptung aufgestellt und der erwähnten Behauptung der Bekl. nicht widersprochen. Zur Ausübung des richterlichen Fragerechts lag unter diesen Umständen (vgl. § 138 Abs. 2 C.P.O.) kein Anlaß vor.

Hienach stellt sich der Anspruch der Bekln., daß der auf die drei Kostenkautionen entfallende Teil des Versteigerungserlöses ihr und nicht der Kläm. zugewiesen werde, als begründet dar.

Urteil des I. Civilsenats vom 2. Oktober 1902 i. S. Lämmlesche Konkursmasse gegen württ. Landesbank.

17.

Kann das Gericht trotz Widerspruchs einer Partei beschließen, von vollständiger Erledigung eines Beweisbeschlusses abzusehen?

Die Frage wurde bejaht aus folgenden

Gründen:

Aus dem Wesen des Beweisbeschlusses als einer einfachen prozeßleitenden Verfügung ergibt sich, daß das Gericht an dessen Inhalt nicht gebunden ist, sondern eine Aenderung der darin getroffenen Anordnungen beschließen kann. Die Möglichkeit der freien Abänderung ist nur im § 360 C.P.O., um Verzögerungen zu vermeiden, dahin eingeschränkt, daß die Parteien vor Erledigung des Beweisbeschlusses, dessen Aenderung auf Grund der früheren Verhandlungen nicht beantragen können. Durch diese Bestimmung wird aber nicht ausgeschlossen, daß auf Grund neuer mündlicher Verhandlung — sei es, daß im Laufe des Beweisverfahrens eine Partei den Gegner zu einer solchen ladet, sei es, daß, wie im vorliegenden Fall, bis zu dem im voraus bestimmten Termin zur Fortsetzung der mündlichen Verhandlung das Beweisverfahren noch nicht vollständig abgeschlossen werden konnte, — beantragt und beschlossen werden kann, von der weiteren Erledigung des Beweisbeschlusses abzusehen, wenn die noch ausstehende Beweisaufnahme infolge des Ergebnisses der bisherigen überflüssig geworden ist [1]).

Die letztere Voraussetzung traf im vorliegenden Falle zu. Eine Haftung des Beklagten erscheint, wie im folgenden auszuführen ist, schon nach dem Gutachten des vernommenen Sachverständigen als ausgeschlossen. Es wäre daher zwecklos gewesen, mit den noch ausstehenden Zeugenvernehmungen fortzufahren, die nur dann Bedeutung hätten erlangen können,

1) vgl. Gaupp-Stein C.P.O. § 360 Anm. I.

wenn das Gutachten zu Gunsten des Klägers ausgefallen wäre. Deshalb war, dem Antrage des Beklagten entsprechend und trotz des Widerspruchs des Klägers, von der weiteren Erledigung des Beweisbeschlusses vom 5. Juni 1903 abzusehen und sofort die Entscheidung zu fällen.

Urteil des I. Civilsenats vom 2. Oktober 1903 i. S. Kronbach g. Laupheimer.

18.

Zur Auslegung des § 888 C.P.O.

a)

Beklagter ist rechtskräftig verurteilt, dem Kläger die zum Betrieb gewisser Maschinen erforderliche Kraft zu liefern; der Antrag des Klägers auf Zwangsvollstreckung gemäß § 888 C.P.O. ist vom Beschwerdegericht zurückgewiesen worden aus folgenden

Gründen:

I. Die Beschwerde ist an sich statthaft; gemäß § 793 C.P.O. findet gegen die angefochtene Entscheidung die sofortige Beschwerde statt; eine Einwendung im Sinne des § 766 ist nicht als vorliegend zu erachten; denn obgleich § 766 auch dann anwendbar ist, wenn die Vollstreckungsmaßregel vom Gericht selbst erlassen ist, so gilt dies doch nicht in den Fällen, in welchen eine vorgängige Anhörung des Gegners vorgeschrieben ist und stattgefunden hat [1]).

II. Die Beschwerde ist begründet.

1. Wenn man auch zunächst unterstellt, daß die beantragte Vollstreckung eine Handlung im Sinn des § 888 C.P.O. betrifft, so ist das Verfahren der Civilkammer doch nicht haltbar. Auch in den Fällen des § 888 C.P.O. bildet es eine Voraussetzung des Vollstreckungsantrags, daß der Schuldner die Verpflichtung zur Vornahme der Handlung nicht erfüllt. Die Erfüllung muß tatsächlich verweigert sein und der Gläubiger hat die Nichterfüllung wenigstens zu behaup-

1) R.G. 18, 433; Gaupp C.P.O. § 766 Note 21, § 891 Note 5.

ten. Allerdings ist es eine im Wege der Gegenklage gemäß § 767 C.P.O. geltendzumachende Einwendung gegen den Anspruch selbst, wenn der Schuldner erklärt, daß die zu vollstreckende Handlung bereits geleistet, die Verpflichtung also erloschen sei. Allein irrigerweise nimmt die Civilkammer an, daß es sich im vorliegenden Fall um eine solche Einwendung handle. Denn die Handlung, zu welcher die Bekl. verurteilt ist, besteht nicht in einer einmaligen Leistung, sondern in täglich sich wiederholenden Leistungen, und der Vollstreckungsantrag des Klägers geht dahin, die Bekl. zu diesen täglich wiederkehrenden Leistungen durch Strafe anzuhalten; die Bekl. macht nicht geltend und kann gar nicht behaupten wollen, daß sie diejenige Handlung, zu deren Vornahme sie angehalten werden soll, bereits vorgenommen habe, sondern sie behauptet nur, bisher dasjenige getan zu haben, was sie tun konnte, um dem Urteil zu genügen und will damit lediglich die Einwendung erheben, daß für die geforderten weiteren Leistungen, bezüglich deren sie den klägerischen Anspruch selbst keineswegs bestreitet, überhaupt noch gar keine Veranlassung vorliege, mit Zwangsmaßregeln gegen sie vorzugehen, ihre Einwendung richtet sich daher gegen die Art und Weise der Zwangsvollstreckung [1]).

Die Einwendung konnte daher nicht als unzulässig verworfen werden. Der Erhebung der von der Beklagten angebotenen Beweise bedarf es jedoch nicht, da der klägerische Vollstreckungsantrag aus andern Gründen und zwar aus Rechtsgründen zurückzuweisen ist.

2. Der gestellte Vollstreckungsantrag ist nämlich nach § 888 C.P.O. aus einem zweifachen Grunde nicht gegeben:

a) weil die Handlung, zu welcher die Beklagte verurteilt worden ist, nicht eine solche ist, die durch einen dritten nicht vorgenommen werden kann;

b) weil sie nicht eine Handlung ist, die ausschließlich von dem Willen des Schuldners abhängt.

---

1) Vgl. R.G. 23 S. 365 ff.; 37 S. 406.

Zu a) ist hervorzuheben, daß die Bekl. schlechthin verurteilt worden ist, die zum Betrieb der fraglichen Maschinen erforderliche Kraft zu liefern, nicht etwa dazu, daß sie von der auf ihrem Anwesen erzeugten Dampf- und Betriebskraft das zum Betrieb jener Maschinen erforderliche Quantum zu liefern oder abzugeben habe. In dem Urteil ist nicht bestimmt, woher die Bekl. die erforderliche Kraft zu nehmen oder wie und wo sie die Kraft herzustellen hat, nicht einmal das ist bestimmt, daß die zu liefernde Kraft in Dampfkraft bestehen müsse; während der Kl. beantragt hatte, die Bekl. zur Lieferung der zum Betriebe der Maschine nötigen Dampfkraft zu verurteilen, hat die Civilkammer in ihrem Urteil im Einklang mit dem Wortlaut des Pachtvertrags lediglich dahin erkannt, daß die Bekl. die erforderliche Kraft zu liefern habe. Es ist nun aber ohne weiteres klar, daß die Lieferung der für den kläg. Betrieb erforderlichen Kraft auch durch einen Dritten erfolgen kann [1]).

Zu b) ist darauf hinzuweisen, daß das zu vollstreckende Urteil nicht dahin geht, es habe die Bekl. von der ihr jeweils zur Verfügung stehenden Kraft einen gewissen Teil an den Kläger abzugeben, sondern dahin, dem Kläger die für dessen Betrieb erforderliche Kraft zu liefern. Diese Leistung ist nun aber nicht ausschließlich von dem Willen der Bekl. abhängig; vielmehr ist es durch verschiedene außerhalb ihres Willens gelegenen Umstände bedingt, ob sie die Kraft liefern kann; einmal dadurch, daß sie eine zur Erzeugung der erforderlichen Kraft taugliche Maschinenanlage hat; in dieser Richtung hat aber die Civilkammer in ihrem über den Kostenpunkt erlassenen Endurteil selbst ausgeführt, daß Maschine und Kessel des Bekl. verwahrlost und bisher zur Entwicklung der nötigen Dampfkraft untauglich oder minder tauglich gewesen seien. Dieselben Zustände können aber selbstverständlich jeden Augenblick wieder eintreten. Ferner hängt die Leistung der Maschinenanlage von der Tüchtigkeit und Zuver-

1) Vgl. auch Gaupp C.P.O. § 887 II. 2 bei Note 11.

lässigkeit des Bedienungspersonals (des Heizers und des Maschinisten) ab; endlich aber bedarf es zur Beschaffung der erforderlichen Kraft, insbesondere zur Erzeugung der Dampfkraft noch weiterer sachlicher Mittel, so der erforderlichen Kohlen, deren Anschaffung hinwiederum Geldmittel voraussetzt; Kl. trägt ja selbst vor, daß wieder einmal nicht genug Kohlen vorhanden seien. Die Motive zu § 774 C.P.O. a. F. (jetzt § 888) heben ausdrücklich hervor, daß ebensowenig die Aufwendung an Geldmitteln wie die Anwendung einer besonderen Fähigkeit als ausschließlich von dem Willen des Schuldners abhängig angesehen werden können.

Beschluß des II. Civilsenats vom 2. Aug. 1902 i. S. Zillhard g. Schuster.

b)

In einem gerichtlichen Vergleich der Parteien hat sich Klin. in Ziff. 2 verpflichtet, „die Richtigstellung des Eigentumsverhältnisses durch Auflassung im Grundbuch auf 10. Juni 1902 zu bewirken", in Ziff. 4, zwei Hypotheken über zusammen 9000 Mk. spätestens vor der Auflassung löschen zu lassen; laut Ziff. 7 hat sie dem Bekl. die Forderungen gegen sämtliche zur Zeit in dem Anwesen vorhandene Mieter u. s. w. abgetreten. Der Antrag des Bekl., die Klin. zur Vornahme der in Ziff. 2, 4 und 7 des Vergleichs bezeichneten Handlungen durch eine Geldstrafe anzuhalten, ist zurückgewiesen worden, vom Beschwerdegericht aus folgenden

Gründen:

In Erwägung:

1. daß die Erfüllung der von Frau L. in Ziff. 4 des Vergleichs übernommenen Verpflichtung, die Löschung der für den Privatier P. in G. auf dem Hause L.str. 63 in St. eingetragenen Hypothek von 8000 Mk., sowie eines Teiles der für denselben Gläubiger auf dem gleichen Grundstück eingetragenen weiteren Hypothek von 33 000 Mk. zu erwirken — abgesehen von der Frage, ob diese Löschungserwirkung überhaupt eine unvertretbare Handlung darstellt oder ob solche

nicht vielmehr auch durch einen dritten erfolgen kann, — jedenfalls nicht ausschließlich von dem Willen der Schuldnerin, sondern auch von der die Aufwendung von Geldmitteln erfordernden Befriedigung des Hypothekengläubigers abhängt, daß sonach § 888 C.P.O. nicht zutrifft, dessen eine Beugung des schuldnerischen Willens bezweckende Vorschrift nur da Anwendung finden kann, wo eine ausschließlich vom Willen des Schuldners abhängende Handlung in Frage steht, und sonach die Ueberwindung des schuldnerischen Willens ausreicht, um den dem vollstreckbaren Anspruch des Gläubigers entsprechenden Rechtszustand herbeizuführen.

2. daß die von Frau L. in Ziff. 2 und 7 des Vergleichs übernommenen Verbindlichkeiten, das Haus L.str. 63 in St. an den Kaufmann W. aufzulassen und ihre Mietzinsforderungen an W. abzutreten (sofern diese Abtretung nicht schon durch die in Ziff. 7 des protokollierten Vergleichs enthaltene Erklärung der Frau L. erfolgt sein sollte) nur die Verpflichtung zur Abgabe von Willenserklärungen in sich schließen, welche mit Erteilung der vollstreckbaren Ausfertigung des Vergleichs nach der Bestimmung des § 894 C.P.O. als abgegeben zu gelten haben, einer Bestimmung, die zwar nach ihrem Wortlaute sich nur auf den Regelfall der Zwangsvollstreckung auf Grund eines Endurteils bezieht, deren Beschränkung auf Endurteile aber beim Mangel eines hiefür sprechenden ausreichenden inneren Grundes vom Gesetze nicht als gewollt anzusehen ist, welche daher richtiger Ansicht nach [1]) auch auf die sonst zugelassenen Vollstreckungstitel, soweit solche überhaupt auf die Abgabe einer Willenserklärung gerichtet sein können, namentlich auf die in § 794 Ziff. 1 C.P.O. genannten gerichtlichen Vergleiche angewendet werden muß, womit die Anwendung des § 888 C.P.O. von selbst ausgeschlossen ist.

Beschluß des I. Civilsenats vom 5. September 1902 i. S. Weidlin g. Lausterer.

1) Vgl. Kipp, Verurteilung zur Abgabe von Willenserklärungen 1892 S. 86, 127, Hellwig, Anspruch und Klagrecht S 427, Oberlandesgericht Dresden sächs. Annalen 12, 287.

19.

1. Zur Auslegung des § 9a G.K.G.
2. Streitwert bei einer Klage auf Feststellung der Verpflichtung aus einem Versicherungsvertrag.

Hierüber sagen die den Sachverhalt ergebenden

Gründe:

Der vom Kläger geltend gemachte Rentenanspruch beruht auf dem abgeschlossenen Versicherungsvertrage, nicht auf einer gesetzlichen Vorschrift und namentlich nicht auf einer der in § 9a G.K.G. angeführten Bestimmungen des B.G.B. und des Haftpflichtgesetzes, fällt also nicht unmittelbar unter den angef. § 9a G.K.G. Auch von einer sinngemäßen Anwendung dieser Vorschrift auf ähnliche Fälle kann nicht die Rede sein. Der § 9a wurde bei Beratung der Civilprozeßnovelle von der Reichstagskommission eingefügt und in der von dieser vorgeschlagenen Fassung ohne weitere Erörterungen in das Gesetz aufgenommen. Als Grund für die neue Bestimmung wurde angeführt, daß die Wertberechnung nach Maßgabe des bisherigen Gesetzes (§ 9 C.P.O.) „bei den Klagen auf Gewährung des Unterhalts" sehr häufig außerordentlich hohe Summen ergebe und dadurch ganz unverhältnismäßige Kosten veranlasse [1]). Es mag nun zugegeben werden, daß ein ähnliches Mißverhältnis auch bei vertragsmäßigen Rentenforderungen obwalten kann. Hätte das Gesetz auch hier Abhilfe schaffen wollen, so hätte es eine allgemeiner lautende Bestimmung treffen müssen; indem es aber nur bestimmte einzelne Fälle gesetzlicher Unterhalts- und Rentenansprüche anführt, ist klar zum Ausdruck gebracht, daß die neue Bestimmung auf diese Ansprüche zu beschränken und nicht auf andere ähnliche Fälle auszudehnen ist [2]).

Ebenso unbegründet ist der weitere Einwand des Beschwerdeführers, daß sich im vorliegenden Fall der Streitwert

1) Heymann's Ausgabe der Mat. z. C.P.O. S. 486, 487.

2) S. Beschl. d. Reichsger. v. 11. Jan. 1901 u. 3. Juni 1901, Gruchot, Bd. 45 S. 383 u. Jur. Woch. 1901 S. 458.

des Feststellungsantrags nicht mit dem Vermögenswert decke, der bei einer entsprechenden Leistungsklage in Betracht käme, sondern nach dem „Feststellungsinteresse" des Kls. zu bemessen sei. Wie bei der Leistungsklage, so ist auch bei der Feststellungsklage Streitgegenstand der Anspruch über den entschieden werden soll, und der Betrag oder Wert dieses Anspruchs, nicht das Interesse des Kls. am Rechtsstreit, ist für den Streitwert maßgebend [1]). Ebenso hat sich das Reichsgericht wiederholt [2]) ausgesprochen. Die vom Beschwerdeführer angeführte, anscheinend abweichende Entscheidung [3]) erklärt sich daraus, daß es sich dort nicht um Feststellung der Verpflichtung zu einer bestimmten, unmittelbar einen Vermögenswert darstellenden Leistung, sondern in der Hauptsache um die Verpflichtung zur Rechnungslegung handelte, also um einen Fall, in dem der Streitwert im Wege der Schätzung, wobei das Interesse des Kls. wesentlich in Betracht kommt, zu bestimmen ist.

Allerdings ist nun im vorliegenden Falle nur im allgemeinen Feststellung der Verpflichtung des Bekl. zum Schadensersatz nach dem Versicherungsvertrage beantragt und die Leistung, die hienach vom Beklagten verlangt werden will, noch nicht ziffermäßig angegeben. Allein hieraus folgt nicht, wie der Bekl. meint, daß der Streitwert nach freier Schätzung zu bemessen wäre, vielmehr ist entscheidend, welcher Anspruch aus dem festzustellenden Rechtsverhältnisse als wahrscheinlich vorauszusehen ist [4]). Da der Kläger eine seit dem Unfall bis jetzt andauernde gänzliche Erwerbsunfähigkeit geltend macht und behauptet, daß sein Zustand sich neuerdings noch verschlimmert habe, erscheint es gerechtfertigt, von den verschiedenen nach dem Versicherungsvertrag möglichen Ansprüchen denjenigen zu Grunde zu legen, der für den Fall

1) S. Württ.J. Bd. 13. S. 195 Nr. 26 u. die dort angeführten Kommentare.

2) Z. B. Entsch. B. 12 S. 361; Bd. 25 S. 367, J.W. 1898 S. 3.

3) J.W. 1898 S. 197 Nr. 1.

4) Gaupp-Stein, C.P.O. § 3 Anm. IV Note 19.

bleibender gänzlicher Erwerbsunfähigkeit eingeräumt ist.

Der fernere Einwand des Bekl., daß die Versicherungssumme von 15 000 Mk. den Höchstbetrag des Streitwerts begrenze, wäre nur dann zutreffend, wenn in den Versicherungsbedingungen bestimmt wäre, daß der Gesamtbetrag der Rentenbezüge die Versicherungssumme nicht übersteigen dürfe. Eine solche Einschränkung findet sich jedoch in den Bedingungen nicht, vielmehr hat darnach die „Versicherungssumme" nur die Bedeutung, daß sie als Grundlage für die Berechnung der Rente nach Maßgabe der Tabelle in § 23 der Bedingungen dient und sie kann daher auch keine Schranken bei Bemessung des Streitwertes bilden.

Mit Recht ist sonach der Streitwert der Feststellungsklage vom Landgericht auf den 12½fachen Betrag der Jahresrente von 1421 Mk. 85 Pf. auf 17 770 Mk. 43 Pf. bemessen worden.

Dagegen ist dem Beschwerdeführer darin beizustimmen, daß es nicht gerechtfertigt ist, bei Festsetzung des gesamten Streitwerts zu dem Wert der Feststellungsklage den der Leistungsklage hinzuzurechnen. Denn es ist richtig, daß der Versicherte nach § 4 der Vertragsbedingungen stets nur einen der in § 3 aufgeführten Ansprüche geltend machen kann und das, was er auf den einen Anspruch erhalten hat, sich anrechnen lassen muß, wenn später ein anderer, weitergehender Anspruch für begründet befunden wird. Der oben für die Feststellungsklage berechnete Streitwert stellt also den Höchstbetrag dar, den der Kläger überhaupt auf Grund des Versicherungsvertrages erhalten kann, und der Wert der Leistungsklage ist in diesem Betrage bereits enthalten.

Beschluß des I. Civilsenats vom 30. Januar 1903 i. S. Rehm gegen Allg. Deutscher Versicherungsverein.

20.

Zur Auslegung des § 906 B.G.B.

Die Parteien sind Eigentümer benachbarter Grundstücke in St. Auf dem Grundstücke des Beklagten befindet sich

eine Fabrikanlage mit zwei Dampfkesseln und einer Feuerungsanlage. Der Beklagte hatte zunächst selbst eine Fabrik betrieben, er hat demnächst aber das Grundstück zum Fabrikbetrieb vermietet. Nach der Behauptung der Kläger werden vom Grundstücke des Beklagten Ruß und Rauch in solchen Mengen auf ihre Grundstücke geführt, daß sie in deren Benutzung wesentlich beeinträchtigt werden. Die Kläger haben Unterlassung der wesentlichen Beeinträchtigung verlangt. Es wurde nach dem Klagantrag erkannt: „Der Beklagte hat bei Vermeidung einer Geldstrafe im Zuwiderhandlungsfalle zu unterlassen, von seinem Grundstücke den Nachbargrundstücken der Kläger Rauch und Ruß insoweit zuzuführen, als hierdurch die Benutzung dieser Grundstücke nicht unwesentlich beeinträchtigt wird".

Aus den

Gründen

des Berufungsurteils:

Was die Frage anlangt, ob die festgestellte übermäßige Zuführung von Rauch und Ruß auf die Grundstücke der gedachten Kläger durch eine Benützung der L.schen Fabrikanlage herbeigeführt wurde, welche nach den örtlichen Verhältnissen bei Grundstücken dieser Lage gewöhnlich ist, so hat das Gericht I. Instanz das Vorbringen des Beklagten, daß eine Einwirkung wie sie nach dem Festgestellten von der L.schen Fabrikanlage ausgeht, sowohl in dem betreffenden Stadtteil als in St. überhaupt gewöhnlich sei, mit Recht als unzutreffend zurückgewiesen. Zwar ist dem Beklagten zuzugeben, daß in St. ein besonderes Fabrikviertel nicht besteht, daß Fabriken mit Dampfbetrieb über die ganze Stadt St. verteilt sind, und daß geräuschvolle Betriebe in verschiedenen Stadtteilen sich finden mögen. Hieraus folgt aber noch nicht, daß in St. der Fabrikbetrieb mit Dampf und der geräuschvolle Gewerbebetrieb eine gewöhnliche Benützungsweise der dortigen Grundstücke ist. St. ist, wie gerichtsbekannt, keine Fabrikstadt; die Zahl der Grundstücke mit Fabrikbetrieb oder mit erheblicherem, unter Benützung von

Motoren stattfindenden Gewerbebetrieb, insbesondere mit geräuschvollen Gewerbebetrieben ist im Verhältnis zu der Gesamtzahl der Grundstücke eine sehr kleine; ebenso ist der Raum, welchen Fabriken und größere und geräuschvollere Gewerbebetriebe innerhalb des Weichbilds der Stadt St. einnehmen, im Verhältnis zu dem übrigen Raum dieses Weichbildes nur ein sehr kleiner. Die überwiegend große Zahl der überbauten Grundstücke und der weitaus größere Teil des Weichbildes dient nicht Fabriken und anderen größeren gewerblichen Unternehmungen, sondern anderen Zwecken und zwar in der Hauptsache Wohnzwecken. Ebensowenig ist der Stadtteil, in welchem sich die L.sche Fabrik befindet, überwiegend oder auch nur zu einem erheblicheren Teile mit Fabriken oder sonstigen gewerblichen mit Kraftanlagen arbeitenden Betrieben oder geräuschvollen Gewerbebetrieben besetzt. Wie die vorgelegten Pläne zeigen, wie aber auch gerichtsbekannt ist, werden die Grundstücke und die Grundfläche der fraglichen Stadtgegend zu ihrem weit überwiegenden Teile ausschließlich zu Wohnzwecken benützt und es finden sich dort Fabriken und größere und geräuschvollere Gewerbebetriebe nur vereinzelt. Es ist endlich auch nicht richtig, daß in St. von der Nachbarschaft Belästigungen durch einen Fabrikbetrieb, wie sie nach dem Festgestellten von der L.schen Fabrik ausgehen, geduldet zu werden pflegen; mehrfache zur Entscheidung des Gerichts gekommene Fälle beweisen das Gegenteil. Hienach ist die festgestellte Benutzungsweise der L.schen Fabrikanlage weder in St. überhaupt noch in der fraglichen Stadtgegend nach den örtlichen Verhältnissen gewöhnlich. (Weiter wird ausgeführt: Die Passivlegitimation des Beklagten sei gegeben, weil bei jeder Inbetriebnahme der Feuerungsanlage der in seinem Eigentum stehenden Fabrik eine übermäßige, das ortsübliche Maß überschreitende Zuführung von Rauch und Ruß stattfinde und weil Beklagter nicht behaupten könne, er habe — durch vertragsmäßiges oder sonstiges Verbot — das Seinige getan, um den Mieter von einer übermäßigen Zufuhr von Rauch

und Ruß abzuhalten, obschon er ein solches Verbot zu erlassen in der Lage gewesen wäre.)

Urteil des I. Civilsenats vom 10. Oktober 1902 i. S. Löflund gegen Vereinsbuchdruckerei.

Die Revision gegen dieses Urteil ist zurückgewiesen worden.

21.

Unrichtige Bezeichnung des Klägers in der schriftlichen Klage, wenn statt des Ortsarmenverbands die Ortsarmenbehörde als Kläger bezeichnet ist?

Die Klage auf Heimzahlung eines Darlehens war namens „der Ortsarmenbehörde N." erhoben; im Lauf des Rechtsstreits wurde als Kläger der „Ortsarmenverband A." bezeichnet. In den

Gründen

des Berufungsurteils ist in dieser Beziehung ausgeführt:

Nach C.P.O. § 253 Abs. 2 Nr. 1 muß die Klageschrift die Bezeichnung der Parteien enthalten. Da nun in der vorliegenden Klageschrift die Ortsarmenbehörde A. als Klagpartei bezeichnet, nachträglich aber von dem auf klägerischer Seite aufgetretenen Rechtsanwalt erklärt worden ist, daß der Ortsarmenverband A. Klagpartei sei, so fragt sich, ob die Klage für den Ortsarmenverband gültig erhoben ist. Das Landgericht hat diese Frage bejaht, und es findet eine Anfechtung der hienach getroffenen Entscheidung, daß eine Aenderung der Klage nicht vorliege, nach C.P.O. § 270 nicht statt. Uebrigens ist diese Entscheidung auch an sich gerechtfertigt. Nach Art. 8 Abs. 1 des Württ. Ausf.Ges. zum Unterstützungswohnsitzgesetze vom 6. Juni 1870/12. März 1894 bildet jede Gemeinde für sich einen Ortsarmenverband, und nach Art. 9 Abs. 1 des Ausf.Ges. steht die Verwaltung der öffentlichen Armenpflege in der einen Ortsarmenverband bildenden Gemeinde den durch die Gemeindeverfassungs- und Verwaltungsgesetze für die Besorgung der Gemeindeangelegenheiten bestellten Organen mit der Maßgabe zu, daß bei den

bezüglichen Verhandlungen und Beschlußfassungen von jeder Konfession die ersten Ortsgeistlichen stimmberechtigte Mitglieder des Kollegiums sind („Ortsarmenbehörde" — Abs. 4) vgl. hiezu auch Art. 44 des Ges. vom 21. Mai 1891 betr. die Verwaltung der Gemeinden, Stiftungen und Amtskörperschaften. Wenn daher die Klageschrift die Ortsarmenbehörde als Klägerin aufführt, so ist damit lediglich statt des Rechtssubjekts des Ortsarmenverbands dessen gesetzliches Organ als Partei bezeichnet. Dies ist aber eine nur auf einer unzutreffenden rechtlichen Auffassung des Vertreters der Klagpartei beruhende Ungenauigkeit, welche um so weniger von Belang ist, als der Ortsarmenbehörde nicht etwa eine selbständige Rechtspersönlichkeit neben ihrer Funktion als Organ des Ortsarmenverbands zukommt, überdies auch aus dem sonstigen Inhalt der Klageschrift unzweideutig zu entnehmen ist, daß es sich um Geltendmachnng eines Anspruchs für den Ortsarmenverband (die Gemeinde) handelt.

Vertreten wird der Ortsarmenverband nach außen, also namentlich in Rechtsstreitigkeiten, durch den Gemeinderat, wenngleich nach dem vorerwähnten Art. 9 Abs. 1 des Ges. vom 17. April 1873 bei den die Verwaltnng der öffentlichen Armenpflege betreffenden Verhandlungen und Beschlußfassungen des Gemeinderats von jeder Konfession die ersten Ortsgeistlichen ꝛc. stimmberechtigte Mitglieder des Kollegiums sind (vgl. auch § 13 a Abs. 2 der Min.Verf. vom 30. Mai 1873).

Urteil des II. Civilsenats vom 15. Juni 1903 i. S. Geiger g. Ortsarmenverband Aalen.

22.

Zulässigkeit des Rechtswegs. (Zur Auslegung des Art. 2 Ziff. 5 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege vom 16. Dezember 1876.)

Dem Kläger ist in Gemäßheit des Ebinger Ortsbauplans der Wiederaufbau eines Bauwesens auf der seitherigen Grundfläche untersagt worden. Er hat gegen die Gemeinde Klage

erhoben mit dem Antrag: sie für schuldig zu erklären, den betreffenden Platz gemäß § 7 Abs. 4 der Bauordnung zu übernehmen und ihm für den Quadratmeter 13 Mk. und außerdem 453 Mk. zu bezahlen. Der Rechtsweg ist für unzulässig erklärt worden

aus den

Gründen

des Berufungsurteils:

Da mit der Klage die Verurteilung der Beklagten zu Uebernahme der innerhalb der Baulinie gelegenen dem Kläger gehörigen Fläche beantragt war, so hat der Unterrichter insoweit mit Recht die Klage wegen Unzulässigkeit des Rechtsweges abgewiesen. Dieselbe Entscheidung war aber auch bezüglich des weiteren mit der Klage erhobenen Anspruches auf Zahlung der Entschädigung geboten. Wie im Falle der Zwangsenteignung durch die die Notwendigkeit derselben aussprechende Entscheidung, so wird hier durch die rechtskräftige Feststellung der Verpflichtung der Gemeinde zur Uebernahme der Fläche von seiten der Verwaltungsbehörde der Anspruch des Eigentümers auf Entschädigung erst rechtlich begründet; aber auch hier kann die in Art. 2 Z. 5 Ges. vom 16. Dezember 1876 dem Civilrichter übertragene Entscheidung erst dann angerufen werden, wenn zuvor der Vorschrift des Art. 46 Abs. 5 Ges. betr. die Zwangsenteignung von Grundstücken und von Rechten an Grundstücken vom 20. Dezember 1888 Genüge getan ist, wonach die im zweiten und vierten Titel dieses Gesetzes enthaltenen Bestimmungen über die Entschädigung für die Enteignung und über das Verfahren zu deren Festsetzung auf Antrag entsprechend zur Anwendung zu bringen sind, wenn auf Grund des Art. 7 Abs. 4 der Banordnung von einem Eigentümer die Erwerbung eines Grundstückes durch die Gemeinde verlangt wird. Auch dieses Verfahren findet nicht vor dem bürgerlichen Gerichte statt und der Grundeigentümer kann das letztere erst anrufen, wenn er sich mit der dort festgesetzten Entschädigung nicht begnügen will. Die Ansicht des Klägers, daß dieses

Verfahren nur Platz greife, wenn es von beiden Parteien beantragt werde, findet in dem Gesetz keine Stütze. Da die Vorschrift des Gesetzes öffentlich rechtlicher Natur ist, steht es überhaupt nicht in der Macht der Beteiligten, von dem dort angeordneten Verfahren Umgang zu nehmen. Somit würde, selbst wenn der Entschädigungsanspruch des Klägers schon entstanden wäre, der Civilrechtsweg gegenwärtig unzulässig sein, wobei unerheblich ist, daß Kläger diesen Anspruch allein noch aufrecht zu halten erklärt hat.

Urteil des II. Civilsenats vom 22. Juni 1903 i. S. Schuler g. Ebingen.

B. in Strafsachen.

1.

Was ist unter Erscheinungsort einer Druckschrift zu verstehen?

Der Polizeipräsident in K. hat in einem Artikel der am 15. März 1904 erschienenen Nummer 51 der Wochenschrift „Simplizissismus" eine Beleidigung der Polizeibehörde in K. gesehen und bei der Staatsanwaltschaft am Landgericht München den Antrag auf strafgerichtliche Verfolgung des in München wohnenden Redakteurs L. wegen Beleidigung gestellt. Die Staatsanwaltschaft München erachtete im Hinblick darauf, daß der Simplizissimus in Stuttgart gedruckt und zuerst ausgegeben werde, die Staatsanwaltschaft in Stuttgart als zuständig zur Verfolgung, und da letztere dieser Auffassung widersprach, wurde gemäß § 144 Abs. 3 G.Verf.Ges. vom Oberreichsanwalt bestimmt, daß die Staatsanwaltschaft Stuttgart die einzuleitende Strafverfolgung zu übernehmen habe. Der hierauf von dieser beim Untersuchungsrichter am Landgericht daselbst gestellte Antrag gegen den Redakteur L. sowie gegen den Verfasser des fraglichen Artikels L. T. in München wegen der angezeigten Beleidigung die Voruntersuchung zu eröffnen, wurde jedoch von der Strafkammer des Landgerichts Stuttgart gemäß § 178 St.P.O. wegen Unzuständigkeit des Gerichts abgelehnt und diese Ablehnung damit begründet, daß der Ort der geschäftlichen Niederlassung und nur dieser der Erscheinungsort einer Druckschrift sei, der Verleger des „S." seine geschäftliche Niederlassung in M. habe und der Vertragsort M. als alleiniger Erscheinungsort

des „S." anzusehen sei, woran der Umstand, daß in St. neben dem Druck auch die Expedition mit ihren Konsequenzen besorgt werde, nichts zu ändern vermöge. Der hiegegen nach § 181 St.P.O. erhobenen sofortigen Beschwerde der Staatsanwaltschaft war der Erfolg nicht zu versagen.

Nach § 7 Abs. 2 der St.P.O. (Rges. vom 13. Juni 1902) ist, falls der Tatbestand der strafbaren Handlung durch den Inhalt einer im Inland erschienenen Druckschrift begründet wird, der Gerichtsstand der begangenen Tat nur bei demjenigen Gericht gegeben, in dessen Bezirk die Druckschrift *erschienen* ist. Was unter Erscheinen einer Druckschrift sowie unter Erscheinungsort zu verstehen ist, wird im Gesetz selbst nicht bestimmt und die Entscheidung dieser Frage ist, wie die Gesetzesmaterialien ausweisen, bei Beratung der Novelle vom 13. Juni 1902 ausdrücklich als ein Teil der größeren, dem materiellen Recht angehörigen Frage, was Tatort ist, bezeichnet und hiebei anerkannt worden, daß diese Frage nicht nebenbei aus Anlaß der Aufhebung des sog. fliegenden Gerichtsstandes der Presse in der Strafprozeßordnung entschieden werden könne, vielmehr im Strafgesetzbuch zu behandeln, der Wissenschaft und Rechtsprechung zu überlassen sei. Hiebei wurde allseitig ausgesprochen, daß es außerordentlich schwierig sei, den Erscheinungsort zutreffend zu definieren, wie auch der Begriff des Erscheinens einer Druckschrift in der Literatur sehr bestritten sei, und ein Antrag auf gesetzliche Bestimmung, daß als Ort des Erscheinens der Sitz des auf der Druckschrift angegebenen Verlags und in Ermangelung eines solchen der der angegebenen Druckerei, beim Fehlen solcher Angaben der Ort, an dem die Druckschrift zuerst an die Oeffentlichkeit ausgegeben worden sei, zu gelten habe, wurde mit Mehrheit abgelehnt, vgl. Verh. Reichst. 1900/02 Anl. Bd. VI Beil. 560, 599, 615; Prot. Bd. VI S. 4971, 5144, 5154, 5159, 5169. In der in Betracht kommenden juristischen Literatur stehen sich im wesentlichen zwei Ansichten gegenüber: nach der einen ist als Erscheinungsort derjenige anzusehen, an welchem sich die geschäftliche Niederlassung des

Verlegers, der Zentralsitz des betreffenden literarischen Unternehmens befindet, nach der anderen der Ort, wo die Druckschrift tatsächlich ausgegeben, dem Publikum dargeboten, zum Zweck der Verbreitung zugänglich gemacht wird. Die erstere Ansicht ist hauptsächlich vertreten von Liszt Preß.Ges. S. 17, Verh. des 25. Jur.tags 1900 Bd. I S. 180; Stenglein, Nebengesetze Nr. 7 zu § 3 Preß.Ges.; Birkmayer in der Juristenzeitung 1902 S. 181; Marquardsen, Preßgesetz § 9 S. 80; die zweite Ansicht von Schwarze-Appelius Preßgesetz (1903) S. 206/7, Thilo das. § 6 Nr. 10; Mangoldt das. § 3 N. 3, § 6 N. 2, Klöppel, Reichspreßrecht S. 153, 155, v. Bar in der Juristenzeitung 1899 S. 96, auch Löwe, St.P.O. (1904) zu § 7 N. 2.

Die an zweiter Stelle genannte Auffassung verdient den Vorzug. Allerdings wird in der Regel der Ort der zentralen Geschäftstätigkeit des Verlegers den Erscheinungsort der Druckschrift bilden, insofern an ihm gewöhnlich die Verlagsartikel gedruckt, bezugsfertig hergestellt und expediert werden, von ihm aus die Ausgabe an das Publikum sowie die Veröffentlichung beginnt und sich vollzieht. Dies trifft jedoch nicht in allen Fällen zu; eine Druckschrift kann auch an einem anderen Ort als am Wohnsitz des Redakteurs und Verlegers, an einem anderen Platz als am geschäftlichen Mittelpunkt der buchhändlerischen Verlagstätigkeit tatsächlich ausgegeben, in dem zum Vertrieb fertig gestellten Zustand dem Publikum dargeboten werden. Der Verlagssitz und das Ausgabe- bezw. Veröffentlichungszentrum einer Druckschrift sind weder begrifflich noch tatsächlich immer identisch, wie denn auch ein Verleger mehrere geschäftliche Niederlassungen haben kann. Das entscheidende Merkmal für die Bestimmung des Erscheinungsortes liegt vielmehr darin, *nach der besonderen Gestaltung des Einzelfalles festzustellen*, an welchem Ort die Druckschrift tatsächlich von den Herstellungsstätten (Redaktion, Druckerei, Expedition) in die Oeffentlichkeit heraustritt oder ausgegeben wird, an welchem Ort die Tätigkeit entfaltet wird, durch welche sie dem Publikum zur

Kenntnisnahme und zum Erwerb dargeboten, in die „Erscheinung" gebracht wird.

Diese Auffassung entspricht ebensowohl dem Sprachgebrauch, wie der Natur der Sache, sie entspricht dem gesetzgeberischen Motiv und dem praktischen Bedürfnis des buchhändlerischen Vertriebs, sie entspricht auch der Rechtsprechung des Reichsgerichts, soweit sie in dieser Frage erkennbar geworden ist; vgl. Rechtspr. IV S. 287, Entsch. V 354, XXIII 158, XXV 281/82. Wenn in den Motiven zu dem Gesetz betr. das Urheberrecht an Werken der Literatur und Tonkunst vom 19. Juni 1901 (Reichsges.Bl. S. 227) im Gegensatz hiezu gesagt ist, daß unter Erscheinen nur „die Herausgabe im Verlagshandel" verstanden werde, und alle Handlungen, durch welche das Werk an die Oeffentlichkeit gebracht wird, also außer der Herausgabe namentlich der Vortrag oder die Aufführung unter dem Ausdruck „Veröffentlichung" zusammengefaßt werden (Verh. R.T. 1900/02 Anl. Bd. I S. 392), so ist dies ausdrücklich nur für den Begriff des Erscheinens im Sinn des erwähnten Gesetzentwurfs ausgesprochen und bei Beratung der hieher maßgebenden Novelle vom 13. Juni 1902 allseitig anerkannt worden, daß jene Begriffsbestimmung lediglich für das zit. Urheberrechtsgesetz Geltung habe, vgl. zit. Verh. R.T. Prot. Bd. VI S. 5154 ff.; wie anderseits insbesondere auch hervorgehoben wurde, daß der Vorschlag, als Erscheinungsort die Hauptniederlassung des Verlags einer Druckschrift anzusehen, zu bedenklichen Konsequenzen führen könne, S. 5170 a. a. O.

Im vorliegenden Fall kommen für die Feststellung des Erscheinungsortes der Wochenschrift „S." folgende Umstände wesentlich in Betracht: diese Wochenschrift wird nicht bloß in Stuttgart gedruckt — was unzweifelhaft an sich für den Begriff des Erscheinungsorts nicht maßgebend ist — sondern auch die gesamte Expedition wird von dort aus seit Februar 1904, somit schon zur Zeit der Ausgabe der kritischen Nro. 51 und zwar in der Art besorgt, daß der Versand für ganz Deutschland sowie für das Ausland direkt von Stuttgart aus

durch die Druck- und Expeditionsfirma St. und Sch. daselbst geschieht und der gesamte, die Expedition und die Korrespondenz wegen solcher betreffende Verkehr durch diese Stuttgarter Firma sich vollzieht, daß die sämtlichen sog. Kontinuationslisten, in welchen im einzelnen die Empfänger der direkt durch die Post zu versendenden sowie sonst zu expedierenden Exemplare (Buchhandlungen, Kommissionäre, Private) verzeichnet sind, in Stuttgart ausschließlich geführt werden. Ferner werden alle einlaufenden Bestellungen auf den „S." seitens der auswärtigen Vertreter direkt der Firma St. und Sch. in Stuttgart übermittelt und von dieser durch Zusendung der entsprechenden Zahl von Exemplaren ausgeführt, den auswärtigen Buchhandlungen gehen die einzelnen, je eine größere Menge von Exemplaren enthaltenden Ballen von Stuttgart aus schon sortiert nach den einzelnen Bestellern zu, über 20 000 Exemplare werden direkt von da durch die Post an Abonnenten versandt, während im übrigen die Versendung ballenweise an Buchhandlungen und Kommissionäre geschieht, eine Abnahme der durch den Drucker hergestellten Exemplare seitens des in München wohnenden Verlegers findet überhaupt nicht statt, endlich wird der „S." in Stuttgart am Montag nachmittag, an allen anderen Orten aber erst am Dienstag vormittag ausgegeben, so daß in Stuttgart auch tatsächlich die erste Veröffentlichung dem Publikum gegenüber erfolgt.

Alle diese Umstände kennzeichnen Stuttgart als denjenigen Ort, an welchem die Wochenschrift „S." tatsächlich ausgegeben wird und aus dem Dunkel der Herstellungsstätten in die Oeffentlichkeit, auf den direkten oder durch Zwischenpersonen vermittelten Weg zu dem Publikum heraustritt, d. h. kurzweg „erscheint". Hier wird neben dem Druck und der tatsächlichen Versendung auch die für diese Ausgabe der Druckschrift erforderliche geistige Tätigkeit im wesentlichen selbständig entwickelt und soweit dies im Auftrag und in Vertretung des Münchner Verlags geschieht, wird hiedurch an der entscheidenden Tatsache, daß eben in Stuttgart die

Ausgabe- und Veröffentlichungstätigkeit in Wirklichkeit sich vollzieht, nichts geändert, eventuell könnte München nur neben Stuttgart als Erscheinungsort noch in Frage kommen. Hienach erscheint die Zuständigkeit des Landgerichts Stuttgart gegeben und die Aufhebung des angefochtenen Beschlusses mit der in der Sache erforderlichen Entscheidung begründet.

Beschluß Strafsenat vom 31. Okt. 1904 in der Strafsache gegen Redakteur L. in M. u. Gen. wegen Beleidigung durch die Presse.

2.

Ist die Berichtigungsvorschrift nach § 11 des Preßgesetzes rein formeller Natur?

Der Angeklagte hatte in der von ihm herausgegebenen Metallarbeiterzeitung den Ausschluß der Strafkläger B. und H. wegen Streikbruchs aus dem Metallarbeiterverband veröffentlicht, worauf ihm diese eine dem Preßgesetz entsprechende Berichtigung übersandten, deren Aufnahme vom Angeklagten verweigert wurde; hiewegen ist derselbe aus § 19 des Preßgesetzes zu Strafe verurteilt und die eingelegte Revision verworfen worden.

Aus den

Gründen:

Mit Grund geht das Berufungsurteil davon aus, daß die in § 11 Preßges. festgesetzte Berichtigungspflicht rein formeller Natur und ganz unabhängig ist von der materiellen Frage, ob die mitgeteilten Tatsachen oder die Berichtigung objektiv oder nach Ansicht des Redakteurs der Wahrheit entsprechen oder nicht. Denn der Zweck des zitierten § ist lediglich der, einer durch eine Veröffentlichung in einer Druckschrift betroffenen Person die Möglichkeit einer wirksamen, darum notwendigerweise raschen Entgegnung zu gewähren. Aus diesem Grunde bestimmt auch der Abs. 2 des § 11, daß die Berichtigung bereits in der nach Empfang der Einsendung (d. h. eben der Berichtigung) nächstfolgenden, für den Druck

nicht bereits abgeschlossenen Nummer abgedruckt werden müsse. Dieser Zweck aber würde vereitelt, wenn die Aufnahme der Berichtigung von einer Prüfung und Entscheidung des Redakteurs über ihre Richtigkeit und Wahrheit abhängig gemacht würde. Das Gesetz verpflichtet schlechthin den Redakteur zum Abdruck der Berichtigung; es knüpft diese Pflicht, ohne ein weiteres Prüfungsrecht einzuräumen, lediglich an die Voraussetzung, daß die Berichtigung von dem Einsender unterzeichnet ist, keinen strafbaren Inhalt hat und sich auf tatsächliche Angaben beschränkt; zu vgl. Entsch. R.G. Bd. 24 S. 278 ff., Marquardsen Reichspreßgesetz Anm. zu § 11; Klöppel Reichspreßrecht No. 101, namentl. Z. 3, Stenglein, Nebengesetze, Preßgesetz A. 2 Z. 9. 11.

Hienach konnte das Berufungsgericht, was die rechtliche Feststellung betrifft, sich einer Untersuchung und Entscheidung darüber entschlagen, ob die beiden Antragsteller aus dem Verband ausgetreten, oder ob sie ausgeschlossen worden seien. Auch wenn die vom Angeklagten veröffentlichte Mitteilung der Wahrheit entsprach, so hatten doch die Antragsteller zunächst ein Recht auf eine Berichtigung der mitgeteilten Tatsache; dem Angeklagten blieb es überlassen, eine seinen Standpunkt wahrende Bemerkung der Berichtigung anzufügen.

Die Revision hat nun zwei Einwendungen besonders hervorgehoben. Einmal behauptet sie, die fragliche Notiz, deren Berichtigung verlangt wird, sei keine Mitteilung im Sinn zit. § 11, welche einer Berichtigung fähig wäre; nach dem Statut des Metallarbeiterverbands seien die Entscheidungen des Vorstands im Verbandsorgan bekannt zu machen, da die Frist zur Anfechtung dieser Entscheidungen von der Bekanntmachung an laufe; die Bekanntmachung vertrete also die Zustellung eines Urteils, sie sei eine Verfügung; die Notiz sei also nicht, wie § 11 es verlange, deklarativer, sondern konstitutiver Bedeutung und einer Berichtigung nicht fähig. — Dieser Einwand ist nicht begründet. Nach dem Gesetz ist Gegenstand der Berichtigung jede in der Druckschrift mitge-

teilte Tatsache, gleichviel ob sie eine eigene Behauptung des Redakteurs, ob sie aus einer andern Druckschrift herübergenommen oder sonstwie zur Kenntnis des Redakteurs gekommen ist, und das Gesetz gibt dafür keinen Anhaltspunkt, daß dem Zweck der Veröffentlichung eine Bedeutung zukommen solle. Ist einmal eine Tatsache in einer periodischen Druckschrift mitgeteilt, so muß nach § 11 des Ges. der beteiligten Person Gelegenheit gegeben werden, sofort vor demselben Publikum auf die mitgeteilte Tatsache zu entgegnen. Mag auch die fragliche Veröffentlichung die von der Revision hervorgehobene „konstitutive" Bedeutung nach den Statuten des Metallarbeiterverbands haben, sie bleibt darum doch Mitteilung der Tatsache des wegen Streikbruchs erfolgten Ausschlusses aus dem Verband, eine Mitteilung, welche übrigens keineswegs allein dem von der Revision erwähnten Zweck dient, sondern gleichzeitig die Bekanntmachung des Ausschlusses an den ganzen Leserkreis der Metallarbeiterzeitung zur Folge hat und haben muß.

Des weiteren hat die Revision geltend gemacht, daß das Urteil das Erfordernis der Identität zwischen der zu berichtigenden Notiz und der Berichtigung selbst verletze. Die Tatsachen, auf welche beide Notizen sich beziehen, seien verschiedene; nach § 3 Abs. 11 des Verbandsstatuts könne der Austritt und der Ausschluß eines Mitglieds, als zwei voneinander getrennte Tatsachen nebeneinander bestehen; es sei also keine Berichtigung im Sinn des Gesetzes, wenn jemand nach bewirktem Ausschluß aus dem Verein vom Verbandsorgan die Aufnahme einer Notiz des Inhalts verlange, daß er neben und vor dem Ausschluß auch schon den Austritt bewirkt habe. Es wird also eine fälschliche Auffassung des Begriffs der Berichtigung behauptet. Auch hier geht die Revision fehl; die mitgeteilte Tatsache ist der Ausschluß der Antragsteller aus dem Verband wegen Streikbruchs, der Inhalt der Berichtigung ist: die Antragsteller seien nicht wegen Streikbruchs ausgeschlossen worden, sondern vor Wiederaufnahme der Arbeit freiwillig ausgetreten. Die vom Ange-

klagten veröffentlichte Notiz ist hiedurch als unrichtig bezeichnet und zur Begründung die angeblich wahre Ursache des Ausscheidens aus dem Verband angegeben. Mag nun auch diese Begründung insofern nicht durchschlagend sein, als Austritt und Ausschluß nach den Statuten des Verbands nebeneinander bestehen können, so ist doch jedenfalls das, was die Antragsteller berichtigt haben, nichts anderes als eben die vom Angeklagten veröffentlichte Tatsache des Ausschlusses aus dem Verband; von einer Verschiedenheit der zu berichtigenden und der berichteten Tatsache kann daher keine Rede sein.

Urteil des Strafsenats vom 27. Jan. 1904 gegen Sch.

3.

Die Antrags- und Verjährungsfrist für die Zuwiderhandlung gegen die Berichtigungsvorschrift des Preßgesetzes. — Ist diese Zuwiderhandlung ein Dauerdelikt?

Nach dem vorliegenden Aktenmaterial enthielt die am 8. August 1903 erschienene Nr. 32 der vom Beschuldigten Sch. redigierten Metallarbeiterzeitung die Mitteilung, daß die in L. wohnhaften 9 Schleifer W. D., R. W. u. s. w., nebst einer Reihe anderer Arbeiter wegen Streikbruchs aus dem Metallarbeiterverband ausgeschlossen worden seien. Die Genannten haben in der Zeit vom 4. bis 25. September v. J. dem Beschuldigten Berichtigungen im Sinn des § 11 Preßges. zustellen lassen, welche von diesem jedoch nicht aufgenommen wurden, worauf die ersteren in einem am 4. Januar 1904 bei der Staatsanwaltschaft St. wegen Verfehlung wider § 19, 11 Preßges. Strafantrag gegen Sch. stellten. Die Staatsanwaltschaft hat in beiden Instanzen die Strafverfolgung wegen Verjährung abgelehnt, und dieser Auffassung wurde auch seitens des Strafsenats beigetreten.

Nach § 11 Abs. 1 Preßges. ist der verantwortliche Redakteur einer periodischen Zeitschrift verpflichtet, eine Berichtigung der in letzterer mitgeteilten Tatsachen auf Verlangen eines Beteiligten unter bestimmten Voraussetzungen aufzu-

nehmen, welche in den vorliegenden Berichtigungsverlangen der Antragsteller durchweg als erfüllt sich darstellen, und nach Abs. 2 muß der Abdruck in der nach Empfang der Einsendung nächstfolgenden, für den Druck nicht bereits abgeschlossenen Nummer geschehen. Eine Zuwiderhandlung gegen § 11 ist nach § 19 nur auf Antrag strafbar, und für diesen besteht die dreimonatliche Frist des § 61 St.G.B., beginnend mit dem Tag, an welchem der Antragsberechtigte von der Handlung, hier von der Nichtaufnahme der eingesandten Berichtigung in der betreffenden nächsten Nummer, bezw. der Ausgabe dieser Nummer ohne die Berichtigung, Kenntnis erlangt hat. Diese Kenntnisnahme wird regelmäßig mit der Ausgabe, d. h. dem Erscheinen dieser Nummer zusammenfallen, und dieser Ausgabetag sonach zugleich der Anfangstag der Antragsfrist sein. Ein späterer Termin ist jedoch beim Nachweis der erst später im Sinn des § 61 St.G.B. eingetretenen Kenntnisnahme nicht ausgeschlossen, und dieser Fall trifft hier zu. Die Antragsteller haben behauptet und Beweis angetreten, daß sie erst nach dem 14. Oktober 1903 Kenntnis von der Nichtaufnahme der dem Beschuldigten mitgeteilten Berichtigung erlangt haben; hienach könnte die dreimonatliche Antragsfrist nicht von vornherein als versäumt gelten, trotzdem der Strafantrag erst am 4. Januar 1904 — also noch vor Ablauf dieser Frist — bei der zuständigen Stelle gestellt worden ist.

Neben dieser an sich vorerst als gewahrt zu unterstellenden Antragsfrist kommt die Verjährungsfrist der Zuwiderhandlung in Betracht. Diese hat dieselbe Dauer von drei Monaten, da die Zuwiderhandlung des § 19 Preßges. nach der Höhe der angedrohten Strafe als eine Uebertretung sich darstellt und das Preßgesetz nicht wie für Preßvergehen im § 22 auch für die Preßübertretungen eine besondere Verjährungsdauer der Strafverfolgung eingeführt hat, diese Uebertretungen somit der allgemeinen Bestimmung des § 67 Abs. 3 St.G.B. ohne weiteres unterliegen, wie in den Motiven des Entwurfs und im Kommissionsbericht aus-

drücklich anerkannt worden ist. Beide Fristen unterliegen aber nicht denselben Voraussetzungen, vielmehr wird die Verjährungsfrist der Uebertretung weder in ihrem Anfang noch in ihrem Lauf von der Antragsfrist an sich berührt; die erstere beginnt vom Tag der begangenen d. h. vollendeten Handlung, die letztere vom Tag der Kenntniserlangung seitens des Antragsberechtigten zu laufen. Entscheidend bleibt bei dieser Konkurrenz der Fristen nach der gesetzlichen Wirkung der „Verjährung der Strafverfolgung" allerdings die Verjährungsfrist insofern, als ein noch innerhalb der Antragsfrist gestellter Strafantrag wirkungslos bleibt, sobald er erst nach dem Ablauf der Verjährungsfrist gestellt wurde. Hienach ergibt sich, da das Berichtigungsverlangen selbst im Gesetz an keine Frist gebunden ist und das Recht des Verletzten auf Berichtigung durch Verjährung überhaupt nicht erlöschen kann, bei der vorliegenden Verfehlung die eigenartige Wirkung, daß trotz der Fortdauer und der Fristenlosigkeit dieses Berichtigungsrechts seine Erfüllung mit dem Ablauf der gesetzlichen Verjährungsfrist nicht mehr durch Strafe erzwungen werden kann.

Streit besteht nun in der Wissenschaft und Rechtsprechung bezüglich des für den Beginn der Verjährungsfrist maßgebenden Zeitpunkts, in welchem die Zuwiderhandlung „begangen", d. h. der Tatbestand der §§ 19, 11 Preßges. erfüllt ist. Die Streitfrage gipfelt näherhin darin, ob die in Abs. 2 § 11 für die Aufnahme der Berichtigung festgesetzte Zeitbestimmung („in der nach Empfang der Berichtigung nächstfolgenden, für den Druck nicht bereits abgeschlossenen Nummer") ein Tatbestandsmerkmal der strafbaren Handlung bezw. Unterlassung des Redakteurs bildet und diese mit dem Erscheinen der betreffenden, die Berichtigung nicht enthaltenden Nummer sonach abgeschlossen ist, oder ob damit nur der Zeitpunkt für die ordnungsmäßige, rechtzeitige Erfüllung der Verpflichtung des Redakteurs zum Abdruck und im Zuwiderhandlungsfall der Anfang seiner Strafbarkeit, nicht aber zugleich der zeitliche Abschluß jener

gesetzlichen Verpflichtung bezeichnet sein soll, die letztere vielmehr bis zu ihrer Erfüllung, d. h. bis zur Aufnahme der Berichtigung fortdauernd zu gelten habe und die Verjährung deshalb auch erst mit dieser Aufnahme beginne, — kurz gesagt, ob die Zuwiderhandlung gegen die Berichtigungsvorschrift des § 11 ein Dauerdelikt ist oder nicht. Bei Annahme eines solchen ist nach anerkannten Grundsätzen der Tag der endenden Pflicht auch erst der Tag des Beginns der Verjährung, wogegen im anderen Fall die Straftat mit dem Erscheinen derjenigen Nummer der Druckschrift vollendet ist, in welcher die zugesandte Berichtigung nach Abs. 2 § 11 hätte enthalten sein sollen, jedoch nicht enthalten war, und mit diesem Zeitpunkt auch die Verjährung der verwirkten Uebertretungsstrafe beginnt. Die letztere Auffassung wird vertreten von der Mehrzahl der Kommentatoren des Preßgesetzes, nämlich Klöppel (1894) S. 243, 278, Liszt (1880) S. 104, 98, Thilo § 19 No. 6, Stenglein zu § 11 Nr. 4, zu § 19 Nr. 3, Meves in Goltd. Arch. 45 S. 346/7, sowie vom preuß. Kammergericht in Goltd. Arch. 37 S. 87, und 47 S. 262, während dasselbe in einem früheren Urteil von 1884 (vgl. Johow Bd. V S. 278) ein Dauerdelikt angenommen hatte, wofür auch Schwarz-Appelius, Preßges. (1903) S. 74, 75, 122, 212, ferner Olshausen (Aufl. 1900) zu 67 St.G.B. N. 15 und Oppenhoff daselbst (Aufl. 1903) Nr. 8 sich aussprechen. Der Strafsenat hat sich der ersteren Auffassung angeschlossen, wonach die Zeitbestimmung in Abs. 2 § 11 als ein Tatbestandsmerkmal zu gelten hat.

Hiefür spricht zunächst der Wortlaut des § 11: nachdem in Abs. 1 die Verpflichtung des Redakteurs allgemein ausgesprochen ist, bestimmt der Abs. 2, daß der Abdruck in der nächsten Nummer geschehen müsse, welche Ausdrucksweise die Folgerung von vornherein nahe legt, daß dieser Abdruck in der nächsten Nummer in der Tat ein wesentlicher Teil der vom Gesetz ausgesprochenen Verpflichtung ist und nur durch ihn der Redakteur seiner Verpflichtung genügt. Sodann trägt schon der Grund und Zweck einer Berichti-

gung im Sinn des Preßgesetzes eine gewisse Zeitbegrenzung in sich: es soll durch sie dem Eindruck und den Wirkungen, welche durch eine in der Tagespresse veröffentlichte Tatsache hervorgerufen wurden, entgegengetreten, dieser Eindruck ausgelöscht werden, und es muß deshalb die Berichtigung sofort, d. h. so schnell wie möglich jener Veröffentlichung nachfolgen, wenn sie den vom Gesetzgeber gewollten Zweck erfüllen und dem zu schützenden Interesse des Verletzten richtig gedient sein soll. Allerdings hat das Gesetz keine Bestimmung über den Zeitpunkt getroffen, bis zu welchem das Berichtigungsverlangen gestellt werden darf, und kann dies wirksam jedenfalls insolange gestellt werden, als nicht etwa infolge zu langen Schweigens der Berichtigende nicht mehr als „beteiligt" im Sinn des Gesetzes erscheint. Hieraus darf jedoch nicht ohne weiteres geschlossen werden, daß die Nichterfüllung der dem Berichtigungsrecht entsprechenden Verpflichtung des Redakteurs dauernd bis diese Verpflichtung ihr Ende erreicht, in der Eigenschaft als strafbare Zuwiderhandlung sich fortsetzt und insolange der Verjährung entzogen ist. Denn das Gesetz hat nun eben einmal ausdrücklich eine Frist bestimmt, binnen welcher dem auf Berichtigung gestellten Verlangen seitens des Redakteurs genügt werden muß.

Hiezu kommt als entscheidendes Moment, daß in § 19 allgemein die Zuwiderhandlung gegen § 11 als strafbar erklärt ist, und diese Zuwiderhandlung sonach „begangen" ist, wenn die daselbst für den Redakteur gegebene Vorschrift verletzt oder nicht erfüllt wird. Diese Vorschrift aber lautet dahin, daß in der nächstfolgenden Nummer der Abdruck der empfangenen Berichtigung geschehen müsse, und eben dieser Vorschrift ist zuwidergehandelt, sobald diejenige Nummer, in welcher der Abdruck der Berichtigung gesetzlich erfolgen mußte, ausgegeben wurde, ohne die letztere zu enthalten. Die in Abs. 2 des § 11 gegebene Fristbestimmung gehört so zur Norm der in § 19 mit Strafe bedrohten Verfehlung, und für die Nichtaufnahme der Berichtigung in einer späteren als

der vom Gesetz vorgeschriebenen Nummer, also etwa in der zweiten, dritten oder vierten Nummer ist die Strafbarkeit im Gesetz nicht vorgesehen, der volle gesetzliche Tatbestand, wie er sich aus § 11 ergibt, erneuert sich sonach in den Fällen der späteren Nichtaufnahme nicht immer wieder und setzt sich nicht derart fort, um die Annahme eines Dauerdelikts zu begründen; vielmehr wird die Uebertretung begangen mit der Ausgabe derjenigen Zeitungsnummer ohne Berichtigung, in der letztere aufzunehmen war, sie ist so kein eigentliches Unterlassungs-, sondern ein Begehungsdelikt. Wohl dauert das Recht des Beteiligten, die Aufnahme der Berichtigung zu verlangen, fort, und geht durch die Zuwiderhandlung des Redakteurs nicht unter, auch kann die Verpflichtung des Redakteurs zur Berichtigung als Korrelat jenes Rechts abstrakt für fortdauernd erachtet werden, aber diese Verpflichtung besteht fort, ohne daß die gesetzliche Strafdrohung auch für die Nichtaufnahme in einer späteren als der nach Empfang des Berichtigungsverlangens nächstfolgenden, für den Druck nicht bereits abgeschlossenen Nummer Geltung und Wirkung hat. Aus jener Fortdauer von Recht und Pflicht folgt nur, daß der Beteiligte auch später bezw. von neuem die Berichtigung verlangen und neuen Strafantrag wegen unberechtigter Weigerung der Aufnahme stellen kann, solange nicht durch Abdruck der Berichtigung dem Zweck des Gesetzes genügt ist und soweit dies überhaupt noch möglich erscheint, sowie daß der Redakteur jedesmal sich strafbar macht, wenn und so oft er ein dem Gesetz entsprechendes Berichtigungsverlangen nicht in der nächstfolgenden Nummer erfüllt. Das Recht des Beteiligten tritt stets nur durch die Stellung eines bestimmten Berichtigungsverlangens in Betätigung, und diesem entspricht die Verpflichtung des Redakteurs, welche ihrerseits durch den Abdruck in der nächsten Nummer nach gesetzlicher Vorschrift zu erfüllen und mit deren Nichterfüllung die Zuwiderhandlung gegen § 19 begangen d. h. vollendet ist, also auch die Verjährung der letzteren ihren Anfang nimmt; eine spätere oder wiederholt eintretende Strafbarkeit des Redakteurs hat

immer die Stellung eines neuen Berichtigungsverlangens zur Voraussetzung.

Dieser Auffassung entspricht auch die in § 19 Abs. 2 getroffene Bestimmung, daß das gegen den Redakteur wegen Zuwiderhandlung gegen § 11 ergehende Strafurteil zugleich die Aufnahme der eingesandten Berichtigung in die nächstfolgende Nummer anzuordnen hat. Denn eben weil nach § 11 Abs. 2 der Abdruck in der nächsten Nummer nach Empfang der zugesandten Berichtigung erfolgen muß, dieses Gebot aber nicht mehr durchgesetzt werden kann, wenn der Redakteur pflichtwidrig den Abdruck unterlassen hat, ist hier in § 19 Abs. 2 eine neue, durch vollstreckbares Urteil auszusprechende Verpflichtung geschaffen, und läßt diese ohne Einschränkung getroffene Gesetzesvorschrift erkennen, daß ein verspäteter Abdruck vom Gesetz nicht als Erfüllung der dem Redakteur auferlegten Verpflichtung anerkannt werden will. Denn falls die unter Strafandrohung im Gesetz aufgestellte Verpflichtung des Redakteurs in gleicher Weise auch nach Ausgabe der nächsten Nummer als fortbestehend und unabhängig von der Fristbestimmung des Abs. 2 § 11 angesehen würde, brauchte die vorerwähnte Bestimmung des § 19 Abs. 2 nicht noch ausdrücklich im Gesetz getroffen zu werden. Endlich würde die Annahme eines Dauerdelikts und die damit gegebene Möglichkeit, daß die Verjährung dieser Uebertretung häufig längere Zeit hindurch nicht in Lauf käme, sich nur schwer vereinbaren lassen sowohl mit der sog. Kurzlebigkeit der Preßerzeugnisse überhaupt als mit der in § 22 ausgesprochenen Tendenz des Preßgesetzes, selbst die schweren Preßdelikte einer möglichst kurzen Verjährungsfrist zu unterwerfen, und nachdem vorliegend lediglich eine Ordnungsvorschrift in Frage steht, deren Zuwiderhandlung als bloße Uebertretung schon an sich einer kurzen Verjährungsfrist unterstellt ist.

Nach dem Ausgeführten war die Zuwiderhandlung des Beschuldigten Sch. mit der Ausgabe derjenigen Nummer der von ihm redigierten Metallarbeiterzeitung vollendet, in wel-

cher die ihm übersandten, den gesetzlichen Erfordernissen entsprechenden Berichtigungsartikel der Antragsteller gemäß § 11 Abs. 2 hätten aufgenommen werden müssen. Dies hätte ausweislich der vorliegenden Urkunden über die Zustellung der verschiedenen Berichtigungsbegehren, und da diese Zeitung jeden Samstag erscheint, in den am 12., 19. und 26. September sowie am 3. Oktober 1903 ausgegebenen Nummern spätestens geschehen müssen, wobei davon ausgegangen wird, daß beim Eintreffen eines Berichtigungsverlangens unmittelbar vor dem Ausgabetag der Zeitung die betreffende Nummer für den Druck schon abgeschlossen war. Mit diesem Zeitpunkt hat die dreimonatliche Verjährungsfrist jeweils begonnen, und in allen Fällen war somit die Verjährung der Strafverfolgung am 4. Januar 1904 bereits eingetreten, an welchem Tag der Strafantrag von den Beteiligten erst gestellt worden ist. Hienach war der gemäß § 170 St.P.O. gestellte, die Erhebung der öffentlichen Klage bezweckende Antrag abzuweisen.

Beschluß des Strafsenats vom 30. März 1904 in Sachen gegen J. Sch. wegen Preßgesetzübertretung.

II.

Entscheidungen des Verwaltungsgerichtshofs.

1.

Herkommen in der Bedeutung des Ersatzes für den Nachweis des rechtsgültigen Abschlusses eines öffentlich-rechtlichen Vertrags über Unterhaltung eines Nachbarschaftswegs. Streit über die öffentlich-rechtliche Eigenschaft der übernommenen Unterhaltungspflicht und über die Zulässigkeit des Verwaltungsrechtswegs.

Von dem Ort Bermaringen führt nach dem zu der zusammengesetzten Gemeinde Wippingen gehörigen Weiler Lautern ein Nachbarschaftsweg, der auf der Markung Bermaringen durch eine Talschlucht sich herabziehend die Markung der Teilgemeinde Lautern am Ursprung der Lauter, deren Wassermenge sofort mehrere Mühlen treibt, erreicht. Die Teilgemeinde Lautern, die nach der im Jahre 1830 erschienenen Oberamtsbeschreibung von Blaubeuren damals 66 Einwohner zählte und nach dem Staatshandbuch des Jahres 1896 nicht mehr als 69 Einwohner hatte, wird, nachdem eine Zeit lang — von 1854 bis 1862 — ein Teilgemeinderat (: und Bürgerausschuß :) bestanden hatte, wieder durch die Gesamtheit ihrer stimmberechtigten Einwohner, nach dem Gemeindeangehörigkeitsgesetz vom 16. Juni 1885 Bürger vertreten.

Die Anlegung des Verbindungswegs, wie er besteht, ist im Jahre 1819 beschlossen worden. Im Jahre 1902 entstand zwischen der zusammengesetzten Gemeinde Bermaringen,

zu der die auf der Höhe oberhalb des Weilers Lautern gelegene Teilgemeinde Hoheustein gehört und nach der Oberamtsbeschreibung von Blaubeuren von 1830 auch schon damals gehört hat, und der Teilgemeinde Lautern wegen der Unterhaltung des Wegs der Streit, der zu der Erhebung der verwaltungsgerichtlichen Klage geführt hat, in der die Gemeinde Bermaringen den Antrag gestellt hat, zu erkennen, daß die Teilgemeinde Lautern die Nachbarschaftsstraße von Lautern nach Bermaringen auf der Strecke von der Markungsgrenze Lautern bis zum sog. hohen Felsen dauernd gemäß den gesetzlichen Bestimmungen zu unterhalten und dauernd auf 11. November jeden Jahres einen Unterhaltungsbeitrag zu der sog. Müllersteige im Betrag von 3 fl. = 5 Mark 14 Pf. — den auf 11. November 1903 verfallenen Jahresbetrag sofort — an die Klägerin zu bezahlen habe.

Die Klägerin hat ihren Anspruch auf diese Leistungen auf den Vertrag gestützt, der in zwei von dem Schultheißen und Ratsschreiber T. von Bermaringen beglaubigten Auszügen aus dem in der Urschrift nicht aufgefundenen Gemeinderatsprotokoll von Bermaringen vom 18. November 1823 vorliegt des Inhalts:

„Bermaringen.

Auszug aus dem Gemeinderaths-Protokoll 1820—1825 Seite 395. Aktum 18. Novbr. 1823.

ferner

wurde von Seiten der Unterzeichneten in Gegenwart und in Gemeinschaft mit Schultheiß Mann von Lautern und Abgeordneten Deputirten Jakob Schurr von da, ein für immer währender Vergleich hinsichtlich der Müllersteige und der Vizinalstraße bis auf Lautern abgeschlossen.

1. verspricht Schultheiß Mann und Jakob Schurr in Namen für Alle den Weg von David Walters Hauß in Lautern bis zu dem hohen Felsen auf ihre Kosten zu übernehmen und sofort in gutem Zustand nach der gegebenen Vorschrift unterhalten zu wollen.

2. Noch weiter machen sie sich verbindlich an der be-

nannten Müllersteige alle Jahr 3 fl. und zwar auf Martini 1824 erstmals zu übernehmen; wo sodann die Gemeinde Bermaringen die Obliegenheit hat, die Aufstellung eines Wegknechts von den hiesigen Darrgräben bis an den benannten hohen Felsen zu besorgen und nach der Vorschrift diesen Weg und Steige herzustellen hat. Das Weitere aber muß aus der hiesigen Communkasse ausbezahlt werden.

Die Richtigkeit dieses Vergleichs bezeugen nachstehende Unterschriften

von Bermaringen	von Lautern
Schultheiß-Amtsverw. Urban	Schultheiß Mann
Bürgermstr.-Amtsverw. Schöttle	Jakob Schurr".

— es folgen 5 weitere Unterschriften:

Die Beklagte beantragte die Abweisung der Klage, indem sie die Einwendung der Unzuständigkeit der Verwaltungsgerichte erhob und sachlich geltend machte: Mit dem bloßen Auszug aus dem nicht in der Urschrift beigebrachten Gemeinderatsprotokoll sei der Abschluß des behaupteten Vergleichs vom 18. November 1823 nicht erwiesen. Der Vergleich sei aber auch für die Teilgemeinde Lautern nicht verbindlich, weil die beiden Personen, welche die Verpflichtung übernommen haben, zur Vertretung der Gemeinde nicht ermächtigt gewesen seien. Eine immerwährende Verpflichtung habe von der Teilgemeinde gar nicht übernommen werden können; zudem wäre die Uebernahme der Verpflichtung darum nichtig, weil sie ohne die erforderliche Genehmigung der Kreisregierung erfolgt wäre.

Die Kreisregierung in Ulm hat am 27. Juni 1904 bezüglich der Unterhaltung des Nachbarschaftswegs bis zum hohen Felsen nach dem Klageantrag erkannt, den Anspruch auf Zahlung des jährlichen Beitrags zur Unterhaltung der Müllersteige aber als unbegründet abgewiesen.

Gegen diese Entscheidung hat sowohl die Klägerin als auch die Beklagte die Berufung erhoben. Der Verwaltungsgerichtshof hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen und der Berufung der Klägerin stattgegeben.

Aus den Gründen:

I. Die Einrede der Unzulässigkeit des Verwaltungsrechtswegs ist von der K. Kreisregierung mit Recht verworfen worden.

Nach § 1 der Wegordnung vom 3. Oktober 1808 ist jede Gemeinde verbunden, die Nachbarschaftswege auf ihrer Markung zu unterhalten, sofern nicht einzelne Güterbesitzer oder Korporationen vermöge eines speziellen Rechtstitels hiezu die Verbindlichkeit haben. In § 1 der Verfügung des K. Ministeriums des Innern vom 19. Juni 1828, die Baulast an Nachbarschaftswegen betreffend, (Reg.-Bl. S. 553) sind diese Worte mit der Ausdrucksweise wiederholt „vermöge eines besonderen Rechtstitels oder eines die Stelle eines solchen vertretenden Herkommens". Vgl. über die Bedeutung des eine öffentlich-rechtliche Verpflichtung begründenden Herkommens Sarwey im Württ. Archiv Bd. 7 S. 342 ff., Entsch. des Reichsgerichts in Civilsachen Bd. 11 S. 212, Bd. 33 S. 200, A.Bl. des Min. des Innern 1885 S. 301, Göz, Verwaltungsrechtspflege, S. 156 ff.

Es kann allerdings vorkommen und kommt (beispielsweise in Fällen der Uebernahme der Unterhaltung eines zur Holzabfuhr geeigneten öffentlichen Wegs seitens der Staatsforstverwaltung) vor, daß einer Gemeinde gegenüber die Verpflichtung zur Unterhaltung eines öffentlichen Wegs auch von einer Korporation des öffentlichen Rechts durch *privatrechtlichen* Vertrag übernommen wird. Die Verpflichtung ist aber *öffentlichrechtlicher* Art, wenn die sie übernehmende Korporation *vollständig und mit Wirkung nach außen* an die Stelle der nach der Regelvorschrift des Gesetzes verpflichteten Gemeinde treten soll, wie die Wegordnung nach hergebrachtem Recht als zulässig voraussetzt und auch das Gesetz vom 17. September 1853 über die zusammengesetzten Gemeinden Art. 7 Abs. 1 für das Verhältnis zwischen Gesamtgemeinde und Teilgemeinde als zulässig anerkennt.

Vgl. A.Bl. des Min. des Innern 1886, S. 407 ff., Württ. Jahrb. Bd. 12, S. 325.

Daß die von der Klägerin behauptete Verpflichtung, falls sie zu Recht besteht, öffentlichrechtlicher Art ist, ergibt sich jedenfalls daraus, daß, wie hernach zur Sprache kommen wird, die dem Gemeingebrauch dienende Straßenstrecke von der beklagten Teilgemeinde durch Frohnarbeit der Einwohner oder durch von ihr angestellte Wegeknechte wie die auf ihrer Markung liegende Straßenstrecke unterhalten worden ist und die Beaufsichtigung der Unterhaltung der Straßenstrecke von dem Oberamtsstraßenmeister der zusammengesetzten Gemeinde Wippingen und damit der Beklagten gegenüber ausgeübt wurde. Die Verpflichtung zur Zahlung des Beitrags von 3 fl. zu den Kosten der der Klägerin obliegenden Unterhaltung der Müllersteige ist, wenn die Behauptung der Klägerin, daß sie von der beklagten Teilgemeinde als zusätzliche e i g e n e Verpflichtung mitübernommen worden sei, richtig ist, gleichfalls öffentlichrechtlicher Art.

II. Sachlich ist die Berufung der Beklagten als unbegründet zurückzuweisen.

1. ... Nach der in erster Instanz mittels Augenscheins und Zeugenvernehmung geschehenen Beweisaufnahme haben vor der Herstellung des in Rede stehenden Nachbarschaftswegs zwei Wege von Lautern nach Bermaringen geführt, nämlich eine in Lautern von der Straße abzweigende Steige, welche nach einiger Zeit in zwei Steigen sich geteilt hat, von denen die eine auf einem näheren, steileren Weg, die andere auf einem weniger steilen, weiteren Weg nach Bermaringen geführt hat, von welch letzterem Wege ein Feldweg nach Hohenstein abgezweigt hat. Der andere Weg hatte von Lautern im Tal, bezw. im Bachbett und neben demselben hin bis zum hohen Felsen geführt, von wo an er seine Fortsetzung über den Berg hatte. Der Zustand dieses Wegs wie auch der bei der vordern Mühle in Lautern von der Straße abzweigenden Wege nach Hohenstein und Bermaringen war nach der eidlichen Aussage des 86 Jahre alten früheren Gemeinderats D. in Bermaringen von jeher so schlecht und steil gewesen, daß die gemahlene Frucht auf

Eseln von Lautern über die Höhe nach Hohenstein und Bermaringen gebracht werden mußte, weil die Pferde kaum leichte Wagen über die schlechten Wege und steilen Halden bringen konnten. Darüber, von wem früher der alte schlechte und steile Weg von Lautern zum hohen Felsen und nach Bermaringen unterhalten worden war, konnte nichts erhoben werden. Der Zeuge hat aber ausgesagt, daß seit der Erstellung der in Rede stehenden Vizinalstraße die Gemeinde Lautern dieselbe auf der Strecke von Lautern bis zum hohen Felsen teils durch von ihr angestellte Wegknechte, teils mittels der von den Bürgern geleisteten Fronarbeit unterhalten hat. Der Zeuge hat zwar beigefügt, daß er nicht gewiß sagen könne, daß nicht etwa die Müller den Weg unterhalten und den Wegknecht aufgestellt und bezahlt haben; allein daß die Steige nach Bermaringen von der Teilgemeinde Lautern bald durch von ihr aufgestellte Wegknechte, teils mittels Leistung von Fronarbeit unterhalten worden ist, ergibt sich auch aus verschiedenen Einträgen in den — vor 1855 nicht fortlaufend erhaltenen — Rechnungen der Teilgemeinde Lautern: so finden sich schon Einträge in der Rechnung von 1829/30 für das Sprengen eines Felsens in der Steige, in der Rechnung von 1836/37 für die oberamtlich angeordnete, auf gemeinsame Kosten mit Bermaringen ausgeführte Abhebung eines Felsens an dem Fahrweg zwischen Bermaringen und Lautern, in der Rechnung von 1857/59 für Ausbesserung der Schutzmauern an der Steige nach Bermaringen, in der Rechnung von 1863/65 und von 1869/71 für den Wegknecht an der Steige nach Bermaringen jährlich 20 fl. bezw. 15 fl. 45 kr. Im Jahr 1870 wurde von der Bürgerschaft die Unterhaltung der Steige im Wege der Fronleistung beschlossen u. s. w.

Ein Eintrag über die Bezahlung des jährl. Betrags von 3 fl. zur Unterhaltung der Müllersteige findet sich in den Rechnungen nicht. Nach der Erklärung der stimmberechtigten Bürgerschaft von Lautern vom 26. April 1904 ist der Beitrag von den Müllern in Lautern, deren es früher 4 waren und seit

dem Jahre 1880 noch 3 sind, bezahlt und in der Gemeinderechnung nicht verrechnet worden.

2. Der frühere Prozeßbevollmächtigte der Beklagten hat die in den Verhandlungen des Jahres 1885 unbeanstandet gebliebene Uebereinstimmung des Auszugs aus dem Gemeinderatsprotokoll vom 18. November 1823 mit der Urschrift grundlos bestritten ....

3. Grundlos ist auch die Behauptung, daß damals der Vertrag nicht mit der beklagten Teilgemeinde abgeschlossen worden sei. Daß der Anlegung des Nachbarschaftswegs eine Vereinbarung über die künftige Unterhaltung desselben nachfolgte, lag in der Natur der Sache. Daraus, daß bei der Anlegung des Wegs die Müller von Lautern einen Teil der Anlagekosten unter Beihülfe der Gemeinden Themmenhausen, Scharenstetten und Radelstetten übernahmen, folgt nicht, daß die Müller auch die künftige Unterhaltung der Strecke von der Markungsgrenze bis zum hohen Felsen allein übernommen haben, vielmehr stellt sich der Jahresbetrag von 3 fl., den die Müller direkt an die klägerische Gemeinde bezahlt haben, als besondere Leistung der Müller für die Unterhaltung der Müllersteige dar. Es ist zwar nach der Gemeinderechnung von 1816/17 S. 8 wahrscheinlich, daß der mit dem Schultheißen Müller Mann erschienene Georg Schurr gleichfalls ein Müller gewesen ist. Schurr ist aber als abgeordneter Deputierter bezeichnet und die Worte „für alle" werden richtiger auf die Gesamtheit der stimmberechtigten Einwohner, welche die Vertretung der kleinen Teilgemeinde bildeten, als nur auf weitere Müller bezogen. Daß die wenigen Personen, welche diese Vertretung bildeten, sämtlich dem „Vergleich" zustimmten, wie er von dem Schultheißen und dem Deputierten abgeschlossen wurde, war vielleicht schon vor diesem Abschlusse in Vermaringen bekannt geworden, und vielleicht erklärt sich hieraus, daß in der Urkunde von einem Nachweis der Ermächtigung nicht die Rede ist. Nimmt man hinzu, daß die Verpflichtungen des Vertrags vom 18. Novbr. 1823 — von der jährlichen Zahlung der 3 fl. zunächst ab-

gesehen — von der beklagten Teilgemeinde achtzig Jahre lang erfüllt worden sind, so bedarf es keines weiteren Beweises, daß der Vertrag von dem Schultheißen Mann und dem abgeordneten Deputierten Schurr mit Ermächtigung oder nachgefolgter Genehmigung der gesetzlichen Vertretung der Teilgemeinde für diese abgeschlossen worden ist.

4. Auch die weitere den Mangel der Genehmigung der Aufsichtsbehörde geltend machende Einwendung der Beklagten ist nicht durchschlagend. In den unterrichterlichen Entscheidungsgründen ist ausgeführt: Zwar sei der Vertrag vom 18. Novbr. 1823 nicht von der Kreisregierung genehmigt worden, wie dies in § 66 des damals bereits in Kraft getretenen Verwaltungsedikts vom 1. März 1822 als Bedingung der Gültigkeit und Vollziehbarkeit des eine dauernde Verpflichtung der kontrahierenden Gemeinden aussprechenden Vertrags vorgeschrieben gewesen sei; wenigstens sei eine solche Genehmigung aus den vorfindbaren Akten nicht zu ersehen. Da indes durch Art. 10 Abs. 2 des Gesetzes vom 17. September 1853 über die Verhältnisse der zusammengesetzten Gemeinden die Genehmigungsnotwendigkeit für die Uebernahme dauernder Verpflichtungen für kleinere Teilgemeinden mit weniger als 20 Familien, zu welchen die Teilgemeinde Lautern gehöre, in Wegfall gekommen sei, so könne über den Mangel der Regierungsgenehmigung, an deren Erteilung, wenn sie rechtzeitig nachgesucht worden wäre, nicht zu zweifeln sei, unbedenklich — zumal im Hinblick auf die sehr lange inzwischen verflossene Zeit — hinweggesehen werden. In der Tat wäre nicht abzusehen, weshalb die Kreisregierung der Teilgemeinde Lautern die Genehmigung zu der Verteilung der Unterhaltungslast hätte versagen sollen; da der Weg schon bei den Mühlen und auch in kleiner Entfernung von den andern Gebäuden des Weilers auf die Markung Bermaringen übertritt, war es ganz billig, daß die Teilgemeinde Lautern einen Teil des Unterhaltungsaufwands übernahm. Es läßt sich aber nicht mehr mit Gewißheit aufklären, ob der Vertrag vom 18. Novbr. 1823 für die beklagte Teilgemeinde wirklich

der Genehmigung der Kreisregierung bedurft hat. Die Worte des § 66 Abs. 2 Ziff. 5 des Verwaltungsedikts „wenn eine bleibende Verbindlichkeit auf die Gemeinde übernommen wird" sind ohne Aenderung des Sinns, nur in deutlicherer Fassung, in den Worten des Art. 15 Abs. 1 Ziff. 8 der Novelle vom 21. Mai 1891 „Uebernahme neuer bleibender Verbindlichkeiten" wiedergegeben, und es läßt sich nicht mehr mit Gewißheit erheben, ob nicht schon zuvor für die beklagte Teilgemeinde hergebrachtermaßen auf der Markung Bermaringen eine im wesentlichen gleiche Wegunterhaltungslast bestanden hat, welche nach Herstellung der neuen Weganlage durch den Vergleich vom 18. Novbr. 1823 auf diesen Teil der Wegstrecke verlegt worden ist .... Von dem Oberamt, das eventuell etwa als Aufsichtsbehörde gemäß §§ 65 Abs. 1 und 67 des Verwaltungsedikts die Genehmigung zu erteilen gehabt hätte, war vielleicht auf das Zustandekommen einer Vereinbarung, wie sie in dem Vergleich vom 18. Novbr. 1823 enthalten ist, hingewirkt worden; die Beteiligung der beklagten Teilgemeinde an der Unterhaltungslast konnte hernach dem Oberamt nicht unbekannt bleiben (in betreff der angeordneten Verteilung der Kosten einer Felssprengung vergl. den Auszug aus dem Gemeinderatsprotokoll von Bermaringen vom 3. Jan. 1834). Jedenfalls ist auch noch, seitdem nach Art. 10 Abs. 2 des Gesetzes vom 17. Septbr. 1853 außer den dort genannten Fällen die Notwendigkeit der Genehmigung einer Aufsichtsbehörde für die kleineren Teilgemeinden weggefallen war, die Unterhaltungslast als bestehend von der Vertretung der beklagten Teilgemeinde in den die Unterhaltung der Wegstrecke betreffenden Beschlüssen anerkannt worden; vergl. die Einträge in den Rechnungen von 1857/59, 1863/65, 1869/71 u. s. w. (durch den Beschluß vom 26. August 1870 wurde für einige Zeit die Unterhaltung der Steige im Wege der Fronarbeit eingeführt). Und insbesondere ist auch noch, nachdem im Jahre 1885 die Herstellung der Schranken oder Schutzdämme streitig geworden war, die Last der Unterhaltung der Wegstrecke in der Folgezeit, wie nicht bestritten ist, wieder

von der beklagten Teilgemeinde getragen worden; vergl. die Einträge über die seit 1. April 1887 geschehene Unterhaltung der Wege durch Frondienste in den Rechnungen von 1891/93, 1893/95 u. s. w. und den Auszug aus dem Parzellenprotokoll vom 21. April 1902.

Unter diesen Umständen ist es gerechtfertigt, auf Grund des Bestehens *eines den Beweis des von seiten der Beklagten gültig erfolgten Vertragsabschlusses ersetzenden Herkommens* ... die Verpflichtung der Beklagten auszusprechen; vergl. insbes. Sarwey a. a. O. S. 348. Daß bekanntermaßen die Anlegung des Wegs in seiner gegenwärtigen Gestalt erst im Jahre 1819 beschlossen und die Vereinbarung über die Unterhaltungslast erst im Jahre 1823 getroffen worden ist, hindert nicht, die Verpflichtung der Beklagten für in diesem Sinne herkömmlich bestehend zu erklären. Vergl. auch in betreff der unvordenklichen Verjährung im eigentlichen Sinn Gierke deutsches Privatrecht Bd. 1 S. 318 Note 52 und 53, Windscheid Lehrbuch des Pandektenrechts 7. Aufl. Bd. 1 S. 323.

III. Der von der Klägerin erhobenen Berufung ist stattzugeben. Wenn, wie im Vorstehenden als erwiesen angenommen wurde, in dem Vergleich vom 18. November 1823 die Wegunterhaltungslast auf die beklagte Teilgemeinde übernommen werden wollte, so wollte, wie dies auch die Worte des Vertrags besagen, auch die jährliche Zahlung der 3 fl. als zusätzlicher Beitrag zu den Kosten der Unterhaltung der Müllersteige als Last *der beklagten Teilgemeinde* der klägerischen Gemeinde gegenüber übernommen werden und war es eine *innere* Angelegenheit der beklagten Teilgemeinde, sich diesen Jahresbetrag von den bei der Instandhaltung des Wegs vorzugsweise beteiligten Müllern erstatten zu lassen, wobei es der Vertretung der beklagten Teilgemeinde freistand, zum Zweck der Zahlung an die klägerische Gemeinde den Jahresbetrag bei den Müllern zu erheben oder denselben unmittelbar durch die Müller an die klägerische Gemeinde, wenn beide Teile hiemit zufrieden waren, bezahlen zu lassen.

Urteil vom 16. November 1904 in der Berufungssache Gemeinde Bermaringen gegen Teilgemeinde Lautern.

2.

Auslegung der Worte „zu tragen oder zu ersetzen“ in Art. 15 Abs. 1 der Bauordnung. Zurückvergütung der durch Hingabe und Annahme an Erfüllungsstatt bezogenen Leistung eines nicht geschuldeten Straßenkostenbeitrags; Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte nach Art. 10 Ziff. 7 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes.

Der Kläger J. H. ist Eigentümer des an der Kreuzung der K.straße und E.straße gelegenen Gebäudes Nro. 113 der K.straße in Reutlingen. Das Gebäude ist im Jahr 1895/96 erbaut worden. Die E.straße wurde im Jahr 1900 in den Ortsbauplan aufgenommen und im Jahr 1903 hergestellt.

Auf Grund von Art. 15 Abs. 1 der Bauordnung ist in § 3 des Ortsbaustatuts für die Stadt Reutlingen bestimmt, daß bei Anlegung einer neuen oder bei der Verlängerung einer bestehenden Baustraße der Aufwand für die Erwerbung der zur Straße notwendigen Grundfläche und für die Planierung von den angrenzenden Eigentümern zu tragen oder zu ersetzen ist, sobald auf ihren Grundstücken Gebäude errichtet werden. . . .

Zur Herstellung der E.-Straße bedurfte die Stadtgemeinde Reutlingen eines Teils des zu dem Gebäude Nr. 113 gehörigen Hofraums im Meßgehalt von 75 qm. Schon am 22. Oktober 1900 wurde vor dem Ratsschreiber B. zwischen dem Vertreter der Stadtgemeinde und dem Kläger folgender Vertrag abgeschlossen: „Die Erschienenen erklären: Wir schließen hiemit folgenden Kaufvertrag: J. H. . . . verkauft an die Stadtgemeinde Reutlingen . . . . von seinem . . . . Grundstück Geb. Nro. 113 der K.straße die zum ortsbauplanmäßigen Ausbau der E.straße erforderliche Fläche . . . unter folgenden Bestimmungen: 1) die Abtretung erfolgt unentgeltlich, wogegen dem Verkäufer und seinen Rechtsnachfolgern seitens der Stadtgemeinde Reutlingen Befreiung von dem

durch § 3 des hiesigen Ortsbaustatuts festgesetzten Beitrag zur Straßengrunderwerbung und Planierung zugesichert wird. ... 8) Seitens des Verkäufers wird die Notwendigkeit der Abtretung anerkannt, er bleibt an diesen Vertrag für stet und fest gebunden, während sich der Vertreter der Stadtgemeinde Genehmigung der bürgerlichen Kollegien vorbehält." Diese Genehmigung wurde am 31. Oktober 1900 erteilt und am 29. Dezember 1900 ist die Auflassung nach Maßgabe des Art. 212 des Ausführungsgesetzes vom 28. Juli 1899 zum Bürgerlichen Gesetzbuch erfolgt.

Am 13. Mai 1903 verlangte der Kläger, gestützt auf die vom Verwaltungsgerichtshof am 19. Februar 1902 in Sachen O. gegen die Stadtgemeinde St. erlassene, in den Württ. Jahrbüchern Bd. 14 S. 359 ff. veröffentlichte Entscheidung mit der Behauptung, daß er zu den Kosten der Erwerbung und Planierung der E.straße nicht hätte beigezogen werden können, von der Stadtgemeinde Bezahlung des Werts der abgetretenen Grundfläche. Die Stadtgemeinde lehnte aber diesen Anspruch ab.

Am 10. Juli 1903 erhob H. Klage bei dem Amtsgericht Reutlingen mit dem Antrag: die Stadtgemeinde Reutlingen für schuldig zu erklären, ihm den Kaufpreis für eine durch Vertrag vom 22. Oktober 1900 an sie abgetretene Grundfläche von 75 qm im Betrag von 225 M. zu bezahlen. Die Stadtgemeinde beantragte in erster Linie die Abweisung der Klage wegen Unzulässigkeit des Rechtswegs, da die von dem Kläger mit dem Kaufvertrag vom 22. Oktober 1900 bewirkte Leistung für öffentliche Zwecke geschehen sei. Mit Urteil vom 23. Oktober 1903 hat sodann das Amtsgericht Reutlingen die Klage wegen Unzulässigkeit des Rechtswegs abgewiesen.

Nach Zustellung dieses Urteils erhob H. sofort am 27. November 1903 verwaltungsgerichtliche Klage bei der Kreisregierung in Reutlingen mit dem Antrag: die Stadtgemeinde Reutlingen für schuldig zu erklären, ihm den Wert für eine am 22. Oktober 1900 an die Stadtgemeinde nach § 3 des

Ortsbaustatuts unentgeltlich abgetretene Grundfläche von 75 qm im berechneten Betrag von 225 M. zurückzuvergüten, indem er geltend machte, daß sein Wohnhaus schon im Jahr 1895 erbaut worden sei und erst im Jahre 1900 die Stadtverwaltung beschlossen habe, auf der nordwestlichen Seite des Hauses eine Baulinie zu ziehen und die E.straße herzustellen. Die Beklagte beantragte die Abweisung der Klage, wobei sie erklärte, daß die Frage, ob ein der Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte unterliegender Streitfall vorliege, zum Ermessen des Gerichts gestellt werde. In ihrem Urteil vom 29. April 1904 erkannte die Kreisregierung, daß die Klage als rechtlich unzulässig zurückgewiesen werde.

Auf die Berufung des Klägers hat der Verwaltungsgerichtshof das Urteil dahin abgeändert, daß die Beklagte dem Kläger die mittels des Vertrags vom 22. Oktober — 29. Dezember 1900 bezogene Leistung eines Straßenkostenbeitrags durch Bezahlung des Betrags von 225 M. zurückzuvergüten habe.

Aus den Gründen:

1. Die Entscheidung über Zulässigkeit oder Unzulässigkeit des Verwaltungsrechtswegs hängt davon ab, ob der Streitgegenstand, wie er nach dem Parteivorbringen gestaltet ist, falls die Klage sachlich begründet ist, als ein öffentlichrechtlicher oder ein privatrechtlicher aufzufassen ist.

Der Kläger beansprucht von der Beklagten die Bezahlung des Werts der Grundfläche, welche er an diese durch den Vertrag vom 22. Oktober 1900 und die am 29. Dezbr. 1900 nach Maßgabe des Art. 212 des Ausf.-Ges. zum B.G.B. nachgefolgte Auflassung abgetreten hat, im Betrag von 225 M. mit der Begründung, durch die Eigentumsübertragung habe er einer ihm nach § 3 Abs. 1 des Ortsbaustatuts vermeintlich obliegenden Verpflichtung genügt, durch die neuerlich ergangene Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofs vom 19. Februar 1902 sei jedoch festgestellt, daß die vermeintliche Verpflichtung für ihn nach dem Ortsbaustatut nicht bestanden habe, die gegen Befreiung von dem durch § 3 des Orts-

baustatuts festgesetzten Beitrag geschehene Leistung sei daher ohne rechtlichen Grund erfolgt und die Beklagte deshalb zur Zurückerstattung — und zwar, da die Rückgewährung der Grundfläche selbst nicht möglich sei, des Werts, der mit 225 M. richtig bemessen sei — verpflichtet. Die Beklagte bestreitet, daß die Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofs richtig sei und keine Verpflichtung zu Leistung eines Straßenkostenbeitrags nach § 3 des Statuts für den Kläger bestanden habe; die Beklagte bestreitet ferner, daß mit der Eigentumsübertragung der Kläger eben diejenige Verpflichtung, welche der § 3 den Anliegern auferlege, erfüllt habe, wobei sie behauptet, daß zwischen der Stadtgemeinde und dem Kläger ein eigentlicher Kaufvertrag mit dem Hauptzweck, der Stadtgemeinde das Eigentum an der Grundfläche zu verschaffen, abgeschlossen worden sei. Eventuell macht die Beklagte geltend, daß dieser Kaufvertrag der Anfechtung darum, weil der Irrtum des Klägers nur ein Irrtum im Beweggrund wäre, entzogen sei, daß ferner die Anfechtung nicht unverzüglich erfolgt und daß endlich der Betrag von 225 Mk. zu hoch berechnet sei.

Der Kläger hat in den Ausführungen zur Begründung der Klage die rechtliche Auffassung zum Ausdruck gebracht, daß durch die Uebertragung des Eigentums an der Grundfläche die in § 3 Abs. 1 des Ortsbaustatuts den Anliegern auferlegte Verpflichtung unmittelbar, und wie sie nach Vorschrift dieser Rechtsnorm bestehe, von ihm erfüllt worden sei. Der Unterrichter hat diese Rechtsauffassung für unrichtig erklärt und es ist ihm hierin beizutreten. Die Unrichtigkeit dieser Rechtsauffassung führt aber nicht zu der von dem Unterrichter ausgesprochenen Unzuständigkeit der Verwaltungsgerichte und sie führt auch nicht zur sachlichen Abweisung der Klage.

2. Der § 3 des Ortsbaustatuts verpflichtet in Uebereinstimmung mit Art. 15 der Bauordnung bei Anlegung einer neuen Baustraße die Eigentümer der an diese angrenzenden Grundstücke, den Aufwand für die Erwerbung der zur Straße

notwendigen Grundfläche und für die Planierung zu tragen oder zu ersetzen, sobald auf ihren Grundstücken Gebäude errichtet werden. Rechtlich kann jedoch aus einer auf Art. 15 der Bauordnung gegründeten ortsbaustatutarischen Bestimmung eine Verpflichtung des Angrenzers zur unentgeltlichen Abtretung seines zur Herstellung der Straße notwendigen Grundeigentums nicht abgeleitet werden, die unentgeltliche Abtretung der erforderlichen Grundfläche bildet daher auch nicht den Inhalt der durch eine solche ortsbaustatutarische Bestimmung begründeten unmittelbaren Verpflichtung. Wenn ein Anlieger die Abtretung der Fläche verweigert, kann nicht gegen ihn verwaltungsgerichtliche Klage hierauf gemäß Art. 10 Ziff. 7 des Gesetzes vom 16. Dezember 1876 erhoben werden, sondern muß Zwangsenteignung — mit Festsetzung einer Entschädigung, der gegenüber aber für die Gemeinde gemäß Art. 15 der Bauordnung und dem Ortsbaustatut eine Gegenforderung entsteht — eingeleitet werden. Wenn der Grundeigentümer die Notwendigkeit der Abtretung an sich anerkennt, so erfolgt die Erlassung der Enteignungsverfügung und die Feststellung der von dem Grundeigentümer beanspruchten Entschädigung gleichwohl nach den für die Zwangsenteignung geltenden Grundsätzen. Die Gemeinde, welche auf Grund ortsbaustatutarischer Vorschrift gemäß Art. 15 der Bauordnung einen Anspruch gegen den Grundeigentümer zu haben glaubt, kann nicht aus diesem Grunde die Unterlassung der Enteignungsverfügung und Festsetzung der Entschädigung verlangen. Wollte man dem Wortlaut des Art. 15 Abs. 1 der Bauordnung und des § 3 Abs. 1 des Reutlinger Ortsbaustatuts die Auslegung geben, daß dadurch der Angrenzer zur Abtretung der erforderlichen Grundfläche, wenn auch nur alternativ nach Wahl der Gemeinde, verpflichtet werde, so würde man sich mit dem auch in Art. 7 Abs. 3 der Bauordnung ausgesprochenen, in Art. 46 Abs. 2 des Zwangsenteignungsgesetzes vom 20. Dezember 1888 bestätigten Grundsatz in Widerspruch setzen, daß eine zwangsweise Abtretung der zur Herstellung der Ortsstraßen erfor-

derlichen Grundflächen nur im Wege der Zwangsenteignung bewerkstelligt werden kann. Der Beifügung der Worte „getragen oder" in Art. 15 des Gesetzes kann vielmehr nur die Bedeutung beigelegt werden, daß dadurch zum Ausdruck gebracht werden wollte, der Angrenzer, der freiwillig die zur Straße erforderliche Fläche ohne Entgelt zur Verfügung stellt oder deren Planierung auf seine Kosten ausführt, sei insoweit von einem Beitrag im Sinne des Art. 15 freizulassen oder es sei ihm der dadurch ersparte Aufwand gutzuschreiben. Die ersterwähnte Konsequenz ergibt sich zwar von selbst aus dem Umstand, daß insoweit der Gemeinde ein Aufwand für Grunderwerbung oder Planierung nicht erwächst. Dagegen hat nach der zweiten Richtung hin die Bestimmung selbständige Bedeutung, indem dadurch zum Ausdruck gebracht wird, daß in dem vorausgesetzten Falle der Angrenzer, der die Leistung gemacht hat, im Verhältnis zu anderen beitragspflichtigen Anliegern die Anrechnung des Werts der von ihm gemachten Aufwendung auf den ihn treffenden Anteil an den Gesamtkosten der Grunderwerbung und Planierung verlangen kann. Eine Umlage des Aufwands der Gemeinde auf mehrere Angrenzer, wobei die Gutschrift des Werts etwaiger Naturalleistungen einzelner zu beachten ist, kommt nicht bloß bei den Planierungs-, sondern auch bei den Grunderwerbungskosten vor; denn die Fläche, für deren Beschaffungskosten ein Angrenzer aufzukommen hat, kann sich aus Teilen von Grundstücken zusammensetzen, die früher verschiedenen Besitzern gehört haben, die zu verschiedenem Preis erworben wurden, und von welchen andere Teile in die andere Angrenzer angehenden Straßenflächen fallen. Allerdings kann auch der Fall vorkommen, daß tatsächlich die Leistung des Ersatzes der Straßenkosten in ihrem Wert mit der Abtretung der Grundfläche sich deckt, wenn nämlich die Gemeinde lediglich für die Erwerbung dieser Grundfläche Aufwand zu machen hat und Ersatz von Planierungskosten in dem Statut nicht gefordert oder nach der vorhandenen Beschaffenheit des Grundstücks nicht mehr erforderlich wird. Allein die besondere tat-

sächliche Beschaffenheit eines solchen Falls rechtfertigt nicht die Annahme, daß der Angrenzer zur Abtretung seines Eigentums anders als im Wege der Zwangsenteignung gezwungen werden könne.

Der Verwaltungsgerichtshof vermag hienach der von Keck, die Erhebung von Straßenkostenbeiträgen S. 43 — dem Art. 15 Abs. 1 der Bauordnung gegebenen Auslegung nicht beizutreten; gegen die daselbst S. 44 Note 2 ausgesprochene Meinung, daß der Angrenzer selbst zum Zweck der Erfüllung der ihm obliegenden Abtretungsverpflichtung von der Zwangsenteignung gegen den Eigentümer Gebrauch machen könnte, ist insbesondere zu bemerken, daß nach Art. 2 des Zwangsenteignungsgesetzes die Ausübung des Enteignungsrechts durch eine Privatperson die Verleihung durch die Kgl. Entschließung voraussetzt, wogegen nach Art. 46 Abs. 2 dieses Gesetzes im Fall der Enteignung zu Herstellung der im Ortsbauplan vorgesehenen Straßen und Plätze die Entscheidung über die Notwendigkeit der Abtretung erfolgt, ohne daß es einer vorausgehenden Kgl. Entschließung über die Zulässigkeit der Enteignung bedarf.

3. In der gemäß Art. 46 Abs. 2 ff. von der Enteignungsbehörde zu erlassenden Entscheidung wird auch über die zeitliche Notwendigkeit der nunmehrigen Herstellung der projektierten Straße entschieden. Der nach dem Gesetz und Statut bestehende Anspruch der Gemeinde auf Ersatz (oder anteiligen Ersatz) des Aufwands für Erwerbung und Planierung der Straßenfläche kann vor der Ausführung der Herstellung der Straße und vor Berechnung und Festsetzung des Aufwands selbstverständlich gegen den Anlieger nicht mit dem Verlangen der Zahlung einer fälligen Schuldsumme geltend gemacht werden. Andererseits entsteht aber der Anspruch der Gemeinde auf die Ersatzleistung nicht erst mit der rechnungsmäßigen Festsetzung des erforderlich gewordenen Aufwands, somit auch nicht erst gegen denjenigen, der zur Zeit der den Betrag der Verpflichtung bestimmenden und die Fälligkeit bedingenden Festsetzung Eigentümer

des errichteten Gebäudes ist. In § 16 Abs. 2 der Vollz.-Verfügung vom 23. November 1882 zur Bauordnung kommt dies mit den Worten zum Ausdruck, daß jedem Baulustigen bei Erteilung der Bauerlaubnis von der Gemeindebehörde die mit dem Beginn des Baus zu erfüllende Verbindlichkeit, bezw. der Betrag des der Gemeinde zu ersetzenden Aufwands soweit möglich bekannt zu machen sei.

Verbreitet ist die dem Bedürfnis entsprechende Uebung der Gemeindebehörden, schon vor der Ausführung der Herstellung der projektierten Straßen mit den Anliegern Verträge zu schließen, durch welche von diesen die zur Herstellung der Straße erforderlichen Grundflächen an die Gemeinde gegen gänzliche oder teilweise Befreiung von der bestehenden, aber noch nicht fälligen Verpflichtung zum Ersatze der Straßenherstellungskosten abgetreten werden. Die rechtliche Zulässigkeit solcher Verträge ist nicht zu beanstanden; durch die Fassung des Gesetzes „zu tragen oder zu ersetzen" wird vielmehr auf dieses Mittel zur indirekten Erfüllung der Verpflichtung zum Ersatz und zum indirekten Bezug der Leistung des Ersatzes hingewiesen.

Das Vorbringen des Klägers ist nun aber auch unter dem Gesichtspunkt zu würdigen, ob der Kläger durch den Vertrag vom 22. Oktober 1900 und die nachgefolgte Auflassung *mittelbar* die ortsbaustatutarisch bestehende, jedoch in Wirklichkeit auf ihn selbst nicht anwendbare Verpflichtung zur Ersatzleistung erfüllt hat.

In der Tat ist der Vertrag vom 22. Oktober 1900 ein Vertrag, mit dessen Abschluß und Vollzug durch die Auflassung — vor der Herstellung der Straße — der Kläger eine ihm vermeintlich nach § 3 Abs. 1 des Ortsbaustatuts obliegende Verpflichtung in zulässiger Weise erfüllen, die Beklagte die Erfüllung einer ihr nach dieser Bestimmung gebührenden Leistung in zulässiger Weise empfangen wollte; in Ziff. 8 des Vertrags ist ausdrücklich gesagt, daß seitens des Verkäufers die Notwendigkeit der Abtretung — zum ortsbauplanmäßigen Ausbau der Straße — anerkannt werde.

Daß der Vertrag bei Benutzung des gedruckten Formulars als Kaufvertrag bezeichnet wurde, ist um so weniger von Erheblichkeit, als ein Kaufpreis, der gegen eine veranschlagte Straßenkostenersatzsumme aufgerechnet worden wäre, nicht ausgesetzt, sondern lediglich als Gegenleistung für die Abtretung der Grundfläche die Freilassung des Klägers von der Verpflichtung zur Beitragsleistung festgesetzt worden ist.

Hiemit wird nicht der von dem Unterrichter widerlegten Auffassung Ausdruck gegeben, daß der Vertrag vom 22. Oktober 1900 gar keine privatrechtlichen Rechte und Pflichten begründet habe; zweifellos hat er für den Kläger die Pflicht zu der privatrechtlich zu vollziehenden Eigentumsübertragung und für die Beklagte das Recht auf diese begründet, die vollzogene Eigentumsübertragung ist aber zum Mittel des Bezugs einer öffentlich-rechtlichen Leistung geworden. Nach der eigenen Absicht des Klägers ist sodann die abgetretene Fläche zu dem Straßenbau verwendet worden. . . .

4. In Wahrheit war jedoch der Kläger zu einer Beitragsleistung im Sinne des § 3 Abs. 1 des Ortsbaustatuts aus dem von ihm geltend gemachten Grunde nicht verpflichtet, daß zur Zeit der Erstellung seines Gebäudes die E.straße in den Ortsbauplan als projektierte Straße noch nicht aufgenommen gewesen ist. Der Verwaltungsgerichtshof findet keinen Grund, von der Auslegung des Art. 15 Abs. 1 der Bauordnung abzugehen, welche er in seinem Urteil vom 19. Februar 1902 ausgesprochen hat und bereits in der Begründung einer Entscheidung vom 14. Mai 1879 zum Ausdruck gebracht hatte.

Die beklagte Gemeinde hat somit, indem sie die Leistung der Eigentumsübertragung in Empfang nahm, mittels deren die vermeintlich den Kläger treffende Verpflichtung zur Beitragsleistung erfüllt werden sollte, diese Leistung der Eigentumsübertragung unberechtigter Weise bezogen und aus diesem Grunde ist sie zu der unter den vorhandenen Umständen tunlichen Rückvergütung verbunden. Ein Rechtsanspruch auf Rückvergütung von unberechtigter Weise bezogenen Straßen-

kostenbeiträgen ist zwar in dem Art. 15 der Bauordnung nicht ausdrücklich anerkannt, die Klageberechtigung ergibt sich aber als selbstverständlich aus den zahlreichen entsprechenden Bestimmungen der Steuergesetze.

5. Die Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte zur Entscheidung darüber, ob der Anspruch des Klägers berechtigt ist, ist darum begründet. Die Entscheidung darüber, ob die Verpflichtung des Klägers zur Leistung eines Straßenkostenbeitrags entstanden ist und ob, falls sie entstand, sie — vor der Herstellung der Straße, wie geschehen — mittelbar durch vertragsmäßige Eigentumsübertragung getilgt werden konnte, ist den Normen des öffentlichen Rechts zu entnehmen. Das praktische Ziel der Klage ist nicht die Anfechtung der Eigentumsübertragung als solcher, wobei die öffentlich-rechtliche Verpflichtung an und für sich unberührt bliebe, sondern die Rückgängigmachung der mittels der Eigentumsübertragung geleisteten Erfüllung der vermeintlich bestehenden öffentlich-rechtlichen Verpflichtung, wobei der Kläger nicht die Rückübertragung des Eigentums an der Grundfläche, um diese wieder als Eigentümer zu besitzen, verlangt, sondern die Rückvergütung der von der Beklagten als Erfüllung der nicht bestehenden Verpflichtung bezogenen Leistung durch die Bezahlung eines angemessenen Geldbetrags beansprucht. Auch ist die Entscheidung darüber, inwieweit bei der Geltendmachung von Ansprüchen auf Rückvergütung von unberechtigt bezogenen öffentlich-rechtlichen Leistungen, insbesondere Steuern und Beiträgen für öffentliche Zwecke, die in den Akten angezogenen Vorschriften des bürgerlichen Rechts über Anfechtung von Willenserklärungen wegen Irrtums und über Ansprüche wegen ungerechtfertigter Bereicherung entsprechend anzuwenden sind, aus dem öffentlichen Recht zu schöpfen.

Aus der positiven Vorschrift des Art. 10 Ziff. 7 des Gesetzes vom 16. Dezember 1876 ergibt sich nicht, daß in Württemberg eine Streitsache der vorliegenden Art der Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte entzogen ist. Zweck-

mäßigkeitsgründe sprechen dagegen und der Kommissionsbericht der Kammer der Abgeordneten (Hohl Ges. über die Verwaltungsrechtspflege S. 131) erläutert die Bestimmung allgemein dahin: den Gegenstand der Rückforderung bilde eine öffentliche Abgabe, und wie die Zahlung vermöge des Genossenschaftsverhältnisses erfolgte, werde auch die Rückforderung lediglich auf die für den Genossenschaftsverband geltenden öffentlich-rechtlichen Normen gestützt, nach welchen die Verbindlichkeit nicht mehr oder überhaupt nicht, oder nicht in dem Umfange nach des Klägers Behauptung bestanden haben solle. Unter den Wortlaut der Gesetzesbestimmung „Rückvergütung von zu viel oder unberechtigter Weise bezogenen Abgaben oder Leistungen dieser Art“ kann unbedenklich auch der Fall gebracht werden, in dem der Bezug der Abgabe oder Leistung in der Hingabe und Annahme eines Aequivalents für die unmittelbare Erfüllung der öffentlich-rechtlichen Verbindlichkeit, wie Hingabe und Annahme an Erfüllungsstatt, vertragsmäßiger Aufrechnung sich vollzogen hat. Namentlich wird auch durch den Umstand, daß der Kläger, weil die Rückgängigmachung der Eigentumsübertragung — worüber die Parteien einig sind — nicht möglich ist, Wertsersatz in Geld verlangt, die verwaltungsgerichtliche Zuständigkeit nicht ausgeschlossen; die verwaltungsgerichtlich zu entscheidende Frage ist, in welchem Wertsbetrage die Beklagte unberechtigter Weise eine Leistung des Klägers bezogen hat.

6. Nach dem Ausgeführten ist das die Zulässigkeit des Verwaltungsrechtswegs verneinende Urteil der K. Kreisregierung nicht aufrecht zu erhalten. Die Zurückverweisung der Sache zu weiterer Verhandlung an die K. Kreisregierung hat nicht stattzufinden, weil in erster Instanz die Beklagte mit ihrer die Zuständigkeit zum Ermessen des Verwaltungsgerichts stellenden Erklärung die prozeßhindernde Einrede der Unzulässigkeit des Verwaltungsrechtswegs nicht erhoben hatte.

7. Das unterrichterliche Urteil ist dahin abzuändern, daß

die Beklagte dem Kläger die mittels des Vertrags vom 22. Oktober bis 29. Dezember 1900 bezogene Leistung eines Straßenkostenbeitrags durch die Bezahlung des geforderten Betrags von 225 Mk. zurückzuvergüten hat.

Dem klägerischen Anspruch kann keinenfalls mit Erfolg die Einwendung entgegengesetzt werden, daß der Kläger den Vertrag vom 22. Oktober 1900 nur im Irrtum über den Beweggrund abgeschlossen habe. Vielmehr befand sich der Kläger über den Inhalt des Vertrags d. h. darüber im Irrtum, daß ihm für die Eigentumsübertragung ein wirklicher Gegenwert in der Zusicherung der Freilassung von der Verpflichtung zur Leistung des Straßenkostenbeitrags gewährt werde. Während er der beklagten Gemeinde den Vermögensvorteil des Eigentumserwerbs und sich den entsprechenden Vermögensvorteil der Tilgung einer bestehenden Verpflichtung verschaffen wollte, hat er diesen Vermögensvorteil, weil die Verpflichtung in Wahrheit nicht bestand, nicht erlangt und die Tilgung dieser vermeintlich bestehenden Verpflichtung mittels der Eigentumsübertragung war gerade der Gegenstand des Vertrags gewesen. Nach den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs §§ 812 und 813 über die ungerechtfertigte Bereicherung ist der Anspruch auf Herausgabe der Bereicherung im Falle der zum Zweck der Tilgung einer vermeintlichen Schuld geschehenen Leistung an Erfüllungsstatt begründet; Planck Komm. zum B.G.B. 3. Aufl. Bd. 2 S. 215, Dernburg das bürgerl. Recht 2. Aufl. Bd. 2 Abt. 1 § 375 Note 8. Es liegt im vorliegenden Fall kein Grund vor, den Kläger nachteiliger zu behandeln. . . .

Urteil vom 2. November 1904 in der Berufungssache Häfele gegen Stadtgemeinde Reutlingen.

3.

Rechtsbeschwerde gegen eine unter Vorbehalt gerichtlicher Entscheidung ergangene Verfügung des K. Ministeriums des Kirchen- und Schulwesens, betreffend die Erziehungsreligion eines Kindes. (Ziff. VI des Reli-

gionsedikts vom 15. Oktober 1806, abgeändert durch Verordnung vom 14. März 1817; vergl. auch die Erlasse des K. Ministeriums des Innern und des Kirchen- und Schulwesens vom 14. September 1826 und 14. Juli 1831 im I. Ergänzungsband zum Reg.Bl. S. 332 und 335.)

Am 8. Oktober 1898 verehelichte sich in S. O.A. H. die evangelische Luise A. mit dem katholischen Georg K., Schuhmacher daselbst, wobei dieser zwei von ihr unehlich geborene Kinder als seine Kinder anerkannte; das ältere dieser Kinder war das am 5. Mai 1896 geborene Mädchen Emma. Es fand evangelische kirchliche Trauung statt, und wie die vor der Ehe geborenen sind auch die während der Ehe geborenen zwei Kinder evangelisch getauft worden.

G. K. ist am 5. Dezember 1900 in S. an Schwindsucht mit Hinterlassung seiner Witwe und dreier Kinder gestorben. Die Witwe hat sich hernach mit dem evangelischen J. P. in S. wieder verheiratet. Die beiden jüngeren Kinder sind nach Bayern zu Verwandten ihres verstorbenen Vaters gebracht worden, wo sie katholisch erzogen werden. Die Tochter Emma blieb bei der Mutter im Haushalt ihres Stiefvaters P. Als das Kind am 1. Mai 1903 schulpflichtig wurde, wurde es in die evangelische Volksschule in S. gebracht.

Am 30. September 1903 wandte sich das katholische Ortsschulinspektorat S., das der Pfarrer B. bekleidet, an das mit dem Pfarramt H. verbundene evangelische Ortsschulinspektorat mit dem Ansuchen, die Emma K. der *katholischen* Volksschule zu überweisen: während seiner Krankheit habe G. K. wiederholt die mündliche Erklärung abgegeben, daß es sein Wille sei, daß seine Kinder in seiner, der katholischen Religion erzogen werden sollen . . ., worauf das evangelische Ortsschulinspektorat erwiderte, daß es . . . sich nicht für befugt halte, das Kind aus der evangelischen Volksschule auszuweisen. Am 5. Februar 1904 wandte sich der katholische Kirchenrat unter Uebersendung der von ihm eingezogenen Aeußerungen des Pfarrers B. und der von dem Schultheißenamt S. aufgenommenen Aussagen der

Luise P. und der S. R., die den Pfarrer zu K. geholt hatte, an das evangelische Konsistorium mit dem Ersuchen um Weisung an das evangelische Ortsschulinspektorat, daß das Mädchen aus der evangelischen Schule zu entlassen und der katholischen Schule zu überweisen sei. Nach angestellten weiteren Erhebungen, bei denen die Luise P. von dem Pfarramt H. eingehend vernommen wurde, traf am 8. März 1904 das Evangelische Konsistorium die Verfügung: das Konsistorium sei nicht in der Lage, dem Verlangen der katholischen Schulverwaltung, daß das Mädchen in die katholische Volksschule übergeben werde, entgegenzutreten; es sei somit die Emma K. aus der evangelischen Volksschule zu entlassen und der katholischen Volksschule zu überweisen; der Mutter bleibe für ihr Verlangen, das Mädchen evangelisch erziehen und schulen lassen zu dürfen, der Rechtsweg offen. Gegen diese Verfügung hat die Luise P. Beschwerde an das K. Ministerium des Kirchen- und Schulwesens erhoben.

Diese Beschwerde hat das K. Ministerium am 13. Juni als unbegründet verworfen mit der Begründung: Ueber die Erziehungsreligion der Emma K. sei eine besondere vertragsmäßige Bestimmung zwischen ihren Eltern nicht vereinbart worden. Ebensowenig sei eine unzweideutige und abschließende Willenserklärung ihres Vaters erwiesen, die dahin gegangen wäre, daß das Kind in der evangelischen Konfession erzogen werden solle. Der in dieser Richtung behaupteten und für sich nicht bestimmten Aeußerung des Vaters, die Mutter könne es nach seinem Tode mit der religiösen Erziehung der Kinder halten, wie sie wolle, stehe die mindestens bescheinigte Angabe gegenüber, daß K. vor seinem Tode in Unterredungen mit dem katholischen Ortsgeistlichen ausgesprochen habe, seine Kinder sollen katholisch erzogen werden. Mangels einer Vereinbarung der Eltern und einer ausdrücklichen Erklärung des verfügungsberechtigten Vaters sei daher die Emma K. in Gemäßheit der Ziff. VI des Religionsedikts vom 15. Oktober 1806 (Reg.Bl. 1807 S. 610) bis zu den Unterscheidungsjahren in der Religion des Va-

ters, also in dem katholischen Bekenntnis zu erziehen und der überlebenden Mutter stehe, wie durch die Entscheidung des I. Civilsenats des Oberlandesgerichts vom 28. Dezember 1892 (Amtsbl. des Evang. Konsistoriums X, S. 4582) ausgesprochen sei, die Befugnis, eine von der ebenerwähnten Regel abweichende Entscheidung zu treffen, nicht zu[1]). Die von dem Evangelischen Konsistorium im Einvernehmen mit dem katholischen Kirchenrat durch den Erlaß vom 8. März getroffene Verfügung, durch welche die Emma K. aus der evangelischen Volksschule in S. entlassen und in die katholische Volksschule daselbst eingewiesen worden sei, erscheine hienach gerechtfertigt. Sie könne aber auch in formeller Beziehung vorbehältlich einer gerichtlichen Entscheidung nicht beanstandet werden, da den Oberschulbehörden kraft der ihnen über die Volksschulen obliegenden allgemeinen Dienstaufsicht das Recht und die Pflicht zustehe, darüber zu wachen, daß die volksschulpflichtigen Kinder die Schule derjenigen Konfession besuchen, in welcher sie nach den bestehenden Vorschriften zu erziehen seien (vgl. auch die angeführte oberstrichterliche Entscheidung vom 28. Dezember 1892).

Die gegen diese Entscheidung erhobene Rechtsbeschwerde ist von dem Verwaltungsgerichtshof als unbegründet abgewiesen worden.

Gründe:

I. Infolge der Wiederverheiratung der Mutter war gemäß § 1697 des B.G.B. ein Vormund zu bestellen. Vor dem Pfarramt H. hat am 18. Februar 1904 der „Pfleger" W. B. erklärt, daß er mit der evangelischen Erziehung des Kindes einverstanden sei. Daß die zum Zweck der Beschwerdeerhebung hernach ... ausgestellten Vollmachten allein von der Luise P. unterzeichnet sind, steht mit der angeführten

1) Ueber die frühere Auslegung der Ziff. VI. des Rel.-Ed. durch das Ev. Konsistorium vergl. Süskind und Werner, Repert. der evang. Kirchengesetze Bd. 2 S. 60 und 61 und hernach Steinheil, Ges. vom 14. Juni 1887 über die Vertretung der evangel. Kirchengemeinden ꝛc. S. 288 (Red.).

Gesetzesbestimmung in Uebereinstimmung.

II. Die Beschwerdeführerin hat nicht dargetan, daß die — gleich der Verfügung des Evangelischen Konsistoriums — unter Vorbehaltung richterlicher Entscheidung ergangene Ministerialentscheidung nicht begründet sei.

Seine gegen die Verfügung des Evangelischen Konsistoriums gerichtete Beschwerde hatte der Bevollmächtigte der Beschwerdeführerin zunächst auf Kompetenzüberschreitung des Evangelischen Konsistoriums gestützt. Diesen Angriff hat das K. Ministerium zutreffend mit der Hinweisung auf die konfessionelle Einrichtung der Volksschule in Württemberg und den gesetzlich bestehenden Schulzwang widerlegt; es ist denn auch der Bevollmächtigte der Beschwerdeführerin auf jene Behauptung in der Rechtsbeschwerdeschrift nicht zurückgekommen, und er will nicht mehr geltend machen, daß infolge des Todes des K. nunmehr der Mutter kraft eigenen Rechts auf Grund gesetzlicher Vorschrift die Erziehungsreligion des Kindes bis zu den Unterscheidungsjahren zu bestimmen zustehe.

Auch im übrigen pflichtet der Verwaltungsgerichtshof der von dem K. Ministerium der Ziff. VI des Religionsedikts vom 15. Oktober 1806 gegebenen Anwendung bei.

Als die Emma K. unehelich geboren wurde, verstand sich für die Mutter von selbst, sie evangelisch taufen zu lassen; daraus, daß G. K. unter Anerkennung seiner Vaterschaft die Mutter des Kindes heiratete, hat sich sodann die Anwendbarkeit der Regel des Religionsedikts ergeben, wonach das Kind in der Konfession des Vaters zu erziehen ist, wenn eine anderweitige Bestimmung durch einen vor der Obrigkeit geschlossenen Vertrag nicht vorliegt und darüber Ungewißheit besteht, ob sonst von dem Vater eine anderweitige Anordnung getroffen worden ist.

Durch einen der Formvorschrift des Religionsedikts entsprechenden und somit gültigen Vertrag, an den der Vater K. gebunden gewesen wäre, ist die evangelische Erziehung des Kindes nicht festgesetzt worden. Daß nach Eingehung

der Ehe der Vater auch durch einseitige — und daher seinerseits widerrufliche — Anordnung die Erziehungsreligion der Kinder anderweit bestimmen kann, ist bereits in dem Erlasse des K. Ministeriums des Innern und des Kirchen- und Schulwesens vom 14. September 1826 (I. Ergänzungsband zum Reg.Bl. S. 332) anerkannt; von dem Ehemann, der ein seiner Ehefrau ohne Beobachtung der gesetzlichen Formvorschrift gegebenes Versprechen, die Kinder in der Konfession der Ehefrau erziehen zu lassen, erfüllen will, kann auch nicht anders verfahren werden, im Falle die Ehefrau bereits verstorben ist oder mit ihr aus einem andern Grunde ein gültiger Vertrag nicht mehr abgeschlossen werden kann. Es kann daher auch nicht angenommen werden, daß bei Lebzeiten der Ehefrau eine einseitige Anordnung von dem Vater nur durch eine gegenüber der Ehefrau abgegebene Willenserklärung rechtswirksam getroffen werden könne.

Von dem Bevollmächtigten der Beschwerdeführerin will nicht bestritten werden, daß G. K. vor seinem Lebensende dem katholischen Pfarrer B. das Versprechen der katholischen Kindererziehung gegeben habe; es wird aber geltend gemacht, die gegenüber dem Pfarrer abgegebene Erklärung sei keine rechtsgeschäftliche Willenserklärung, der Pfarrer habe auch ohne die Mentalreservation des K. ein klagbares Recht auf die katholische Erziehung der Kinder nicht erlangen können. Allein von einer vertragsmäßig von K. dem Pfarrer gegenüber übernommenen rechtlichen Verpflichtung ist die Ministerialentscheidung keineswegs ausgegangen; es ist, indem die von K. dem Pfarrer abgegebene Erklärung und seine Aussprache gegen seine Ehefrau gegenübergestellt werden, gesagt, daß eine unzweideutige und abschließende Willenserklärung des K., die dahin gegangen wäre, daß das Kind in der evangelischen Konfession erzogen werden solle, nicht erwiesen sei. Zu diesem Ergebnisse kommt man, wenn man das eigene Vorbringen der Beschwerdeführerin, für dessen Wahrheit sie sich wiederholt zum Eid erbietet, zu Grunde legt.

Vor dem Pfarramt H. hat die Beschwerdeführerin über

den Hergang die ausführlichen Angaben gemacht, welche von der Aeußerung des Pfarrers B. über das in seiner Anwesenheit Geschehene nicht in wesentlichen Teilen abweichen: Etwa vier Wochen vor dem Tode ihres Mannes habe der Pfarrer bei seinem Besuche ihm erklärt, er könne ihn nicht absolvieren, wenn er nicht katholische Kindererziehung verspreche, und habe sie gebeten, mit ihrem Mann darüber zu reden, dann wolle er wieder kommen. Ihr Mann habe nun zu ihr gesagt: „Luise, ich verspreche dem Pfarrer katholische Kindererziehung, damit er mich absolviert und damit ich Ruhe habe, du sagst nichts, und wenn ich gestorben bin, so kannst Du tun, was du willst". Als der Pfarrer wieder zu ihrem Mann gekommen sei, habe sie auf die Frage des Pfarrers, ob sie mit ihrem Mann gesprochen habe, einfach mit ja geantwortet; als sodann der Pfarrer bei ihrem Mann gewesen sei, sei sie nicht zugegen gewesen. Ihr Mann habe ihr hierauf mitgeteilt, daß er katholische Kindererziehung versprochen habe, um Ruhe zu bekommen, und beigefügt, sie könne nach seinem Tode tun, was sie wolle. W. B. hat vor dem Pfarramt angegeben, K. habe ihm erzählt, daß er dem katholischen Pfarrer, damit er Absolution bekomme, das Versprechen katholischer Kindererziehung gegeben habe.

Daraus, daß K. evangelisch mit der Beschwerdeführerin getraut worden war, daß alle Kinder evangelisch getauft worden waren und er insbesondere noch, als er schon schwer krank war, die evangelische Taufe des jüngsten Kindes hatte geschehen lassen, und aus der angegebenen Aussprache gegen seine Ehefrau, wie sie lautet, kann nicht der Schluß gezogen werden, daß es dem K., der nach der Absolution verlangte, mit der dem Pfarrer gemachten Zusage nicht Ernst gewesen sei. War es ihm Ernst, so hat er selbst noch die Anordnung der katholischen Kindererziehung getroffen und kann dem, was er seiner Frau sagte, nur die Bedeutung beigelegt werden, daß sie von ihm nicht gehindert werden wolle, nach seinem Tode *wieder anders*, wann sie wolle und könne, zu bestimmen; zu einer gegenteiligen neuen Anordnung war

aber nicht die Beschwerdeführerin auf Grund Gesetzes befugt. Falls es aber dem K. mit der dem Pfarrer gegebenen Zusage nicht Ernst gewesen sein sollte, hat er doch nicht selbst noch die Anordnung, daß die Kinder evangelisch erzogen werden sollen, getroffen — die Beschwerdeführerin läßt ja auch die katholische Erziehung der beiden jüngeren Kinder geschehen —, und an seine Ehefrau konnte er eine Befugnis, die nur sein persönliches Recht war, nicht zu eigener Ausübung nach seinem Tode übertragen.

III. Mit Rücksicht darauf, daß das K. Ministerium seine Entscheidung unter Vorbehaltung gerichtlicher Entscheidung, falls die Luise P. eine solche herbeiführen will, erlassen hat und auch der Verwaltungsgerichtshof über die erhobene Rechtsbeschwerde nur unbeschadet der in der Instanzenfolge der Vormundschaftsgerichte als maßgebend ergehenden Verfügung entscheiden kann, wirft sich die Frage auf, ob die Luise P. überhaupt geltend machen kann, daß sie durch die Ministerialentscheidung in einem ihr zustehenden Recht im Sinne des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 16. Dezember 1876 verletzt sei. Der Verwaltungsgerichtshof will jedoch diese Frage, indem er die Rechtsbeschwerde aus dem zuvor angeführten Grunde zurückweist, dahingestellt lassen.

Urteil vom 12. Oktober 1904 in der Rechtsbeschwerdesache der Luise P.

4.

Zu Art. 2 des Umsatzsteuergesetzes vom 28. Dezember 1899.

R. F. in St. hat gemäß Kaufvertrag vom 28. Mai 1900 von H. F. Grundstücke auf den Markungen St. und C. um den Kaufpreis von 520 000 M. erworben, wobei sich der Verkäufer noch Nutzungsrechte im Wertanschlag von 9760 M. vorbehielt. In diesem Vertrage hatte sich F. das Recht vorbehalten, bis zum 15. Juli 1900 die Rechte aus dem Ver-

trag auf einen dritten oder eine Mehrheit von Personen zu übertragen. Demgemäß hat er durch weiteren Vertrag vom 27. Juni 1900 die Hälfte seiner Rechte und Pflichten aus dem Kaufvertrag vom 28. Mai 1900 an N. G. gegen eine mündlich vereinbarte Entschädigung von 25 000 abgetreten. Aus dem ganzen Kaufpreise des ersten Vertrags einschließlich des Werts der vorbehaltenen Nutzungen und aus der beim zweiten Vertrag mündlich vereinbarten Entschädigung ist die Grundstücksumsatzsteuer für den Staat und die Gemeinde von der Steuerbehörde angesetzt und von dem Steuerpflichtigen anstandslos bezahlt worden. Dagegen bestritt G. die Verpflichtung zur Bezahlung der Umsatzsteuer, welche das Hauptsteueramt St. auf Weisung des Steuerkollegiums nachträglich aus dem hälftigen Betrag des ursprünglichen Kaufpreises zuzüglich des hälftigen Werts der vorbehaltenen Nutzungen von zusammen 264 880 M. mit 3178 M. 56 Pf. für den Staat und 2119 M. 4 Pf. für die Gemeinde, im ganzen also mit 5297 M. 60 Pf. berechnete. Die von G. schließlich an den Verwaltungsgerichtshof erhobene Rechtsbeschwerde wurde abgewiesen.

Aus den

Gründen:

Tatsächlich liegen zwei selbständige zeitlich getrennte Verträge vor; der zweite Vertrag enthält die entgeltliche Abtretung einer auf die Uebertragung des Eigentums an Grundstücken gerichteten Forderung an den Beschwerdeführer; als Gegenleistung ist ausbedungen worden die Uebernahme der hälftigen Pflichten, d. h. die Uebernahme des hälftigen Kaufpreises einschließlich der Hälfte der vorbehaltenen Nutzungen. Gemäß Art. 2, Art. 3 Abs. 1 Ziff. 5, Art. 6 Abs. 1 Ziff. 4 des Gesetzes vom 28. Dezember 1899 war die Steuerbehörde befugt, aus diesem Wert der für die Abtretung bedungenen Leistungen dem Beschwerdeführer die Umsatzsteuer, deren Betrag im übrigen nicht beanstandet ist, anzusetzen. Dies ergibt sich aus dem Wortlaut der bezeichneten Gesetzesstellen und aus der Auslegung, welche sie bei den landständischen

Verhandlungen gefunden haben (Verhdlgen der Kammer der Abgeordneten von 1899 Beil. Bd. 2 S. 288 ff., Beil. Bd. 3 S. 313 ff., Verhdlgen der Kammer der Standesherren 1899 Beil. Bd. S. 547 ff.).

Urteil vom 19. November 1903 in der Rechtsbeschwerdesache des N. G.

5.

Zu Art. 2 des Umsatzsteuergesetzes vom 28. Dezember 1899. Die Abtretung des in eigenem Namen handelnden Bevollmächtigten an den Auftraggeber unterliegt nicht der Steuerpflicht.

Am 15. November 1902 schloß P. W. in St. mit der Witwe D. H. einen am gleichen Tag notariell beurkundeten schriftlichen Vertrag, wonach er von der Witwe H. eine Reihe von Parzellen auf Markung St. . . . kaufte; in Ziff. 7 des Vertrags war bestimmt: „Der Käufer behält sich vor, in diesen Vertrag noch weitere Mitteilhaber gegen Solidarhaft derselben für die Bezahlung des Kaufschillings eintreten zu lassen." Laut Notariatsurkunde vom gleichen Tag sind P. W., A. St., L. N. und A. F. vor dem Notar erschienen; P. W. hat erklärt, er habe den drei andern den Eintritt in den mit der Witwe H. geschlossenen Kaufvertrag je zu einem mit ihm gleichen Anteil d. h. je zu $^1/_4$ gestattet, und die sämtlichen 4 Erschienenen haben bestätigt, daß sie die erkauften Grundstücke je zum unabgeteilten Viertel in ihr Eigentum erwerben, St., N. und F. haben ferner den Inhalt des eingangs erwähnten Kaufvertrags genehmigt. Laut Notariatsurkunde vom 19. Dezember 1902 hat die Witwe H. „von dem Eintritt der Herren St., N. und F. als Käufer" in den oben bezeichneten Kaufvertrag Kenntnis genommen und diesen Eintritt genehmigt.

In gleicher Weise hat W. am 19. November 1902 einen am gleichen Tag notariell beurkundeten Kaufvertrag über einige Parzellen auf Markung St. mit der Witwe L. B. . . . abgeschlossen; auch dieser Vertrag enthält die oben angeführte

Ziff. 7; laut notarieller Urkunde vom 20. November 1902 sind St., N. und F. in gleicher Weise wie bei dem zwischen P. W. und der Witwe H. abgeschlossenen Kauf in den Vertrag eingetreten. Die Grundstücksumsatzsteuern für den Staat und die Gemeinde wurden dem W. ganz und daneben dem St., N. und F. je zu 1/4 angesetzt. Die Entscheidung des K. Finanzministeriums vom 29. März 1904, durch welche die wegen dieser Steueransätze erhobenen Beschwerden als unbegründet abgewiesen wurden, ist auf erhobene Rechtsbeschwerde außer Wirkung gesetzt worden.

Aus den Gründen:

I. Es handelt sich um die Frage, ob, wenn ein zum Abschluß eines Kaufs Beauftragter den Kauf auf seinen eigenen Namen abschließt und nachher die Rechte aus dem Kauf auf den Auftraggeber überträgt, beide Rechtsgeschäfte — der Kauf und die Uebertragung der Rechte aus dem Kauf — der Umsatzsteuer unterliegen. Daß in den vorliegenden Fällen P. W. in der Tat von Anfang an, vor Abschluß der Verträge mit der H. und B., von St., N. und F. beauftragt war, die Käufe zugleich für ihre Rechnung abzuschließen, hält das K. Finanzministerium (in Uebereinstimmung mit dem K. Hauptsteueramt) für glaubhaft und hat der Verwaltungsgerichtshof zu bezweifeln keinen Anlaß. Der vom K. Finanzministerium hervorgehobene Gesichtspunkt, es könne leicht, wenn in Fällen der vorliegenden Art nur ein umsatzsteuerpflichtiges Geschäft angenommen würde, zur nachträglichen Fingierung von Auftragsverhältnissen kommen, mag zutreffend sein, kann aber nicht dazu führen, in Fällen, in denen erwiesenermaßen der Auftrag vor Abschluß des Kaufs u. s. w. erteilt war, eine doppelte Besteuerung — sowohl des Kaufs als der nachherigen Uebertragung der Rechte aus dem Kauf — eintreten zu lassen, wenn dies dem Inhalt des Gesetzes widerspricht; jene Befürchtung müßte diesfalls eben Anlaß geben, in jedem einzelnen Fall scharf zu prüfen, ob der volle Beweis für einen dem Kauf vorangegangenen Auftrag erbracht ist.

II. In den vorliegenden Fällen ist bei Abschluß der Verträge Ws. mit den Witwen H. und B. der Wille Ws., in fremdem Namen zu handeln, nicht hervorgetreten (§ 164 Abs. 2 B.G.B.). Die Ziff. 7 der Verträge weist auf einen solchen Willen nicht hin; sie konnte so, wie sie gefaßt ist, ebensogut lauten, wenn bei Abschluß der Verträge W. lediglich die Absicht hatte, Leute zu suchen, die nachträglich neben ihm in die Verträge eintreten. Wenn sodann W. nach den Angaben der H. und B. vor und bei Abfassung der Verträge davon gesprochen hat, er erwerbe nicht für sich allein, sondern habe einige Teilhaber (deren Namen er zum Teil genannt hat), so läßt sich das angesichts des Inhalts der privatschriftlichen, nachträglich notariell beurkundeten Verträge nur dahin verstehen, daß W. erklärte, er kaufe zugleich für Rechnung anderer Personen; und wenn Notar Sch. erklärt hat, bei beiden Käufen habe W. die drei andern Beschwerdeführer „als deren Bevollmächtigter vertreten", „welche Tatsache durch die Bestimmung in Pkt. 7 der Kaufvertragsurkunden und die Nachträge hiezu vom 15. und 20. Novbr. 1902 ihre Bestätigung finde", so geht auch hieraus nicht hervor, daß W. als Bevollmächtigter der drei andern Beschwerdeführer aufgetreten, sein Wille, in fremdem Namen (und nicht bloß für fremde Rechnung) zu handeln, erkennbar hervorgetreten ist.

III. Das K. Finanzministerium verkennt nicht, daß es nicht in der Absicht des Gesetzes liegt, die Erfüllung der dem wahren Beauftragten obliegenden Verpflichtungen wiederholt der Umsatzsteuer zu unterwerfen. Das K. Finanzministerium meint aber, die Parteien haben es ja in der Hand, wenn wirklich ein Auftrag vorliege, den doppelten Steueransatz dadurch zu vermeiden, daß das Rechtsgeschäft auf den Namen des Auftraggebers abgeschlossen werde. Letzteres ist richtig; es gibt jedoch zahlreiche Fälle, in denen der Erwerbslustige ein begründetes Interesse daran hat, nicht von Anfang an mit seiner Person hervorzutreten. Jedenfalls ist jene Vermeidbarkeit nicht entscheidend für die Frage,

ob das Gesetz einen doppelten Steueransatz für die Fälle anordnet, in denen — aus was für Gründen immer — das Geschäft zunächst auf den Namen des Beauftragten gestellt wird und dieser später mittels besonderen Rechtsgeschäfts seine Rechte aus dem ersten Vertrag ganz oder zum Teil auf andere Personen überträgt.

Die zwischen W. und den Witwen H. und B. abgeschlossenen Verträge waren ohne Frage Kaufverträge, die den Erwerb des Eigentums an Grundstücken zum Gegenstand hatten (Art. 1 Abs. 1 des Umsatzsteuergesetzes), unterlagen also der Umsatzsteuer. Fraglich ist nur, ob die zwischen W. einer-, St., R. und F. andererseits abgeschlossenen Rechtsgeschäfte (vom 15. und 20. Novbr. 1902) ebenfalls „entgeltliche Rechtsgeschäfte, welche den Erwerb des Eigentums an Grundstücken zum Gegenstand haben" oder „entgeltliche Abtretungen von Forderungen, die auf die Uebertragung des Eigentums an Grundstücken gerichtet sind" (Art. 1 Abs. 1, Art. 2 des Umsatzsteuerges.) darstellen. In betreff dieser Frage kann abermals nur zweifelhaft sein, ob *entgeltliche* Rechtsgeschäfte der bezeichneten Art vorliegen. Das Finanzministerium bejaht diese Frage, „weil in beiden Fällen die Konsorten auch in die in den Kaufverträgen vereinbarten Gegenleistungen eingetreten" seien.

Die Frage ist jedoch zu verneinen. Ist — wie im gegenwärtigen Fall — ein Auftrag zur Geschäftsbesorgung gegeben und angenommen, so wird dadurch — vgl. R.G. 54 Nro. 23 S. 78 unten — der Beauftragte von selbst und nach dem Gesetz (§ 667 B.G.B.) verpflichtet, das, was er aus der Geschäftsbesorgung erlangt, an den Auftraggeber herauszugeben, gleichviel, ob der Beauftragte das ihm aufgetragene Geschäft im eigenen Namen oder sogleich auf den Namen des Geschäftsherrn abschließen sollte und abgeschlossen hat. Andererseits ist der Auftraggeber verpflichtet, dem Beauftragten die zum Zweck der Ausführung gemachten (nicht offenbar unnötig aufgewendeten) Auslagen — die auch in der Eingehung von Verbindlichkeiten bestehen können — zu

ersetzen: vergl. Planck: B.G.B. Anm. 1a Abs. 2 zu § 670; Dernburg: das bürgerl. Recht Bd. 2 Abt. 2 Ziff. I hinter Note 2; Crome: System Bd. 2 § 253 bei Note 7 vergl. mit § 252 Note 45.

Mit Abschluß der Kaufverträge mit den Witwen H. und B. hat daher P. W. gegen seine Auftraggeber St., N. und F. den Anspruch erlangt, daß sie je ein Viertel der Kaufpreisschuld übernehmen und ihn von dem entsprechenden Teil der gegenüber den Verkäuferinnen eingegangenen Verpflichtungen befreien, während er andererseits mit Abschluß jener Verträge den Anspruch der drei Auftraggeber gegen sich begründete, ihnen den Anspruch auf Erwerbung des Eigentums an den erkauften Grundstücken (den Anspruch auf Auflassung und Eintragung ins Grundbuch) je zu $^1/_4$ abzutreten. Die Verträge vom 15. und 20. Novbr. 1902 zwischen W. einer-, St., N. und F. andererseits enthalten also lediglich Vereinbarungen über Erfüllung der schon mit Abschluß der Kaufverträge (in Ausführung des erteilten Auftrags) begründeten Verbindlichkeiten; die Auftraggeber waren von vornherein verpflichtet, „in die in den Kaufverträgen vereinbarten Gegenleistungen" (in dem Umfang wie geschehen) „einzutreten". Die Vereinbarungen, die lediglich in Erfüllung des vor dem Abschluß der Kaufverträge begründeten Auftragsverhältnisses getroffen wurden und lediglich die Erfüllung der aus dem Auftragsverhältnis beiderseits entspringenden Verbindlichkeiten zum Zweck hatten, sind daher keine entgeltlichen Rechtsgeschäfte i. S. des Umsatzsteuergesetzes, insbesondere keine entgeltlichen Abtretungen von Forderungen i. S. des Art. 2 verb. mit Art. 3 Abs. 1 Ziff. 5 des Gesetzes. Die Vereinbarung aber, wodurch die Witwe H. den Eintritt der Auftraggeber Ws. in den Kauf d. h. die zwischen den Beschwerdeführern vereinbarte Schuldübernahme (§§ 414, 415 B.G.B.) genehmigt hat, ist selbstverständlich nicht umsatzsteuerpflichtig.

IV. Vorstehende Auffassung stimmt überein mit den Motiven des Gesetzesentwurfs, worin die Notwendigkeit der

Aufnahme der dem bisherigen Recht unbekannten Bestimmung des Art. 2 damit gerechtfertigt ist, daß die Grundstücksspekulanten (mit denen doch die Bevollmächtigten nicht zu identifizieren sind) es in der Hand hätten, durch steuerfreie Abtretung ihrer Ansprüche auf Abschluß des dinglichen Rechtsgeschäfts denselben wirtschaftlichen Zweck zu erreichen, wie wenn sie den eigentlich beabsichtigten Wiederverkauf geschlossen hätten, — ferner mit Art. 3 Abs. 1 Ziff. 5 des Gesetzes, wonach die Umsatzsteuer bei Abtretung der in Art. 2 bezeichneten Forderungen von dem Wert der für die Abtretung ausbedungenen Leistungen zu bezahlen ist (während der Ersatzanspruch eines Bevollmächtigten die Ausbedingung nicht notwendig voraussetzt), sowie mit der von der Kommission der Kammer der Standesherrn zu Art. 2 ausgesprochenen Auffassung: „Die Fassung „entgeltliche Abtretung" schließt aus, die Steuerpflichtigkeit des Erwerbers auf den Fall zu beziehen, wenn in Vollzug eines Auftrags oder eines Dienstvertrags, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstand hat (B.G.B. § 675), der Beauftragte u. s. w. den Anspruch auf Erwerb der Liegenschaft an den Auftraggeber abtritt und für den etwa bereits bezahlten Kaufpreis Ersatz erhält. Ist der Kaufpreis nicht bereits bezahlt, so fehlt es für die Besteuerung schon an einem zu besteuernden Werte. Steuerpflichtig ist nur das unter eigenem Namen des Beauftragten abgeschlossene Rechtsgeschäft, nicht auch die Erfüllung der dem Beauftragten obliegenden Verpflichtung."

Verh. d. Kammer der Standesh. 1899/1900, Beil. Bd. S. 547, Prot. Bd. S. 594.

Für die Richtigkeit dieser Auffassung spricht auch, daß die in Art. 8 Abs. 6 der höheren Steuerbehörde zur Vermeidung von Härten beigelegte Befugnis zur Zurückerstattung der Steuer aus Billigkeitsgründen auf die Fälle nicht erstreckt ist, in denen der Erwerbslustige ein begründetes Interesse daran hatte, sich eines im eigenen Namen handelnden Bevollmächtigten zu bedienen.

Diese Auffassung steht auch nicht im Widerspruch mit

der vom Verwaltungsgerichtshof am 19. November 1903 in der Rechtsbeschwerdesache des N. G. getroffenen Entscheidung, die einen Fall betraf, in dem nicht behauptet war, der vertragschließende Käufer habe zugleich im Auftrag des nachher in den Kauf Miteintretenden gehandelt. Ob die — einen anders gelagerten Fall betreffende — bei Boscher Bd. 43 S. 270—72 abgedruckte Entscheidung des Kgl. Steuerkollegiums richtig war, kann dahingestellt bleiben.

Urteil vom 5. Oktober 1904 in der Rechtsbeschwerdesache des A. St. u. Gen.

III.

Abhandlung.

Verkehrswesentliche und gebrauchserhebliche Eigenschaften einer Sache und der Irrtum des § 119 und der §§ 459 ff. B.G.B.

Von Rechtsanwalt Dr. Schefold, Ulm.

Nach der herrschenden Meinung deckt sich der in § 119 B.G.B. statuierte Begriff der „Eigenschaften der Sache, die im Verkehr als wesentlich angesehen werden" mit dem von Savigny, Bd. VIII, §§ 137 und 138 entwickelten und von der gemeinrechtlichen Theorie adoptierten Begriff der wesentlichen Eigenschaften einer Sache, jener Eigenschaften, die von Savigny so definiert werden, daß bei deren irrig vorausgesetztem Vorhandensein die Sache nach den im Verkehr herrschenden Begriffen zu einer andern Art von Sachen gerechnet werden müßte, als wozu sie wirklich gehört. Savigny l. c. S. 283. Unser Oberlandesgericht definiert — Jahrb. XVI S. 3 — die in § 119 normierten Eigenschaften als solche, „die nach der Verkehrsanschauung für das konkrete Rechtsgeschäft das Wesen der Sache bestimmen." Zum frühern Recht s. Jahrb. X, S. 35, — zum neuern bes. Breucha XV, S. 253 ff. — Den „verkehrswesentlichen" Eigenschaften des § 119 können als „gebrauchserhebliche" diejenigen gegenübergestellt werden, um welche es sich bei den ädilizischen Rechtsmitteln (der §§ 459 ff.) handelt. — Jeder Fehler, der den Wert und die Tauglichkeit einer Sache nach dem gewöhnlichen oder beim Vertrag vorausgesetzten Gebrauch aufhebt

oder mindert, ist der Mangel einer Eigenschaft, die eine „gebrauchserhebliche" ist. Gebrauchserhebliche Eigenschaften können zugleich verkehrswesentliche sein: kaufe ich eine Wirtschaft als Bierwirtschaft, und es stellt sich heraus, daß in der Wirtschaft zuvor nur Wein geschenkt worden war, so fehlt der Kaufsache eine gebrauchserhebliche Eigenschaft; eben diese ist aber auch eine verkehrswesentliche; ebenso wenn ich ein Gemälde als „Holbein" kaufe, das in Wahrheit eine Kopie ist, oder wenn ein „Farren" verkauft wird, wogegen das Tier ein Ochs ist. — In allen solchen Fällen steht dem Käufer unbedenklich neben den ädilizischen Rechtsmitteln auch das Anfechtungsrecht des § 119 zu.

Für den Handel mit Tieren gilt nichts Besonderes. Auch hier kann es sich nur darum handeln, ob die dem Tier fehlende Eigenschaft nicht nur eine gebrauchserhebliche, sondern auch eine verkehrswesentliche ist; trifft letzteres zu, so hat der Käufer sowohl die ädilizischen Klagen als die des § 119. Aber die Grenze zwischen verkehrswesentlichen und gebrauchserheblichen Eigenschaften ist vielleicht gerade bei Tieren häufig schwer zu bestimmen; klar ist: wenn schlechtweg ein Tier — ein Pferd, eine Kuh verkauft wird, und es haftet dem Tier eine Krankheit an, sei es, daß die Kuh einen Nagel im Bauch hat, sei es, daß das Pferd an einem sog. Hauptmangel leidet, so sind die dem Tier mangelnden Eigenschaften der Gesundheit, Brauchbarkeit, Lebensfähigkeit keine verkehrswesentlichen, sondern durchaus nur gebrauchserhebliche. Verkaufe ich aber eine Milchkuh, ein Zugpferd, ein Zwiegespann, und es ist die Kuh über das Alter der Milchergiebigkeit hinaus, oder es ist das Pferd so sehr lungenkrank, daß es zum Zuge durchaus nicht zu brauchen ist, oder es sind die zwei Pferde nicht als Zwiegespann zusammengewöhnt, so läßt sich wohl sagen, daß hier überall nach dem Inhalt des „konkreten" Rechtsgeschäfts der Kaufsache Eigenschaften fehlen, die nicht nur gebrauchserheblich, sondern auch verkehrswesentlich sind: immer, auch beim Handel mit Tieren, auch bei dem mit den in § 481 benannten Haustieren handelt

es sich um die richtige Bestimmung einer Eigenschaft als einer solchen, die nach der Verkehrsanschauung das Wesen der Sache berührt. Es kann hier im allgemeinen auf die zutreffenden Ausführungen Breuchas l. c. verwiesen werden. — Im Gegensatz zu diesen Ausführungen stellt Hirsch, Jahrb. Bd. XVI, S. 335 ff. die Ansicht auf, nicht der Unterschied zwischen verkehrswesentlichen und gebrauchserheblichen Eigenschaften sei maßgebend für die Frage der Anwendung des § 119, sondern der Schlüssel zur Lösung der Frage sei die richtige Handhabung des Irrtumsbegriffs; alle Viehmängel, namentlich die sog. Hauptmängel seien, wie angesichts der Motive z. B.G.B., II, S. 252 nicht zu bezweifeln sei, zugleich verkehrswesentliche; insofern würde bei jedem Hauptmangel auch die Anfechtungsklage des § 119 gegeben sein; diese Anfechtung sei aber ausgeschlossen, weil es sich beim Handel mit Tieren überhaupt nicht um Irrtum handle, nicht um ein Nichtwissen, um ein Falschwissen, sondern nur um ein Meinen, Glauben, Spekulieren, um ein emtio spei, ein gewagtes Geschäft, ein Spekulationsgeschäft; § 119 aber schütze nur den Irrenden, nicht denjenigen, der sich in seinen Hoffnungen, Berechnungen, Spekulationen getäuscht finde. — Dieser völlig neuen Theorie möchte in allen Teilen zu widersprechen sein: daß es sich bei den Viehmängeln, namentlich auch bei den „Hauptmängeln", ihrer Natur nach und ohne Beziehung auf das konkrete Rechtsgeschäft, also in der Regel nur um gebrauchserhebliche, nicht um verkehrswesentliche Eigenschaften handelt, glauben wir oben dargetan zu haben. In der Tat: wie soll es das „Wesen" der Sache berühren, wenn ein Pferd an Koller, eine Kuh an Lungenseuche, eine Schafherde an Raude leidet! Wenn aber dafür, daß die Viehmängel (von „besonders gelagerten" Fällen abgesehen) auch verkehrswesentliche seien, die Mot. zum B.G.B. S. 252 angezogen werden, so finde ich, daß die Motive hier lediglich den Begriff und die Natur der gebrauchserheblichen Eigenschaften (wie sie in §§ 459 ff. gedacht sind) erörtern, daß sie aber nicht mit einem Wort andeuten, daß eben diese Eigen-

schaften (immer) auch diejenigen seien, um die es sich beim § 119 B.G.B. handelt [1]). Wenn aber weiter erörtert wird, daß beim Handel mit Tieren der Natur der Sache nach niemals ein Irrtum in Frage komme, so scheint mir bei diesen Ausführungen das Wesen des Irrtums verkannt und Dasein und Entschuldbarkeit des Irrtums verwechselt zu sein. Irrtum ist Falschwissen, Nichtwissen; ob es ein einfacher oder schwieriger Weg wäre, auf welchem ich zum Wissen (Richtigwissen) gelange, und was ich hierbei glaube und meine, berührt nicht das Dasein des Irrtums, sondern die Frage der Entschuldbarkeit desselben; weil ich nicht weiß, daß ein Tier krank ist, z. B. einen Nagel im Leib trägt, der auf dem Weg ist, das Leben des Tiers zu zerstören, meine, glaube ich, daß ich ein gesundes Tier kaufe; auf dem Irrtum ruht das Glauben, Hoffen und Spekulieren; aber der Irrtum bleibt, wenn auch Zweifel an der Richtigkeit des Glaubens auftreten oder auftreten müssen. — Kauft ein Sachkundiger und sieht er nicht, daß das gekaufte Tier an einer schweren Lungenkrankheit leidet, weil er die Prüfung des Tiers in höchst fahrlässiger Weise vornimmt, so ist er zwar gleichwohl im Irrtum, aber sein Irrtum ist ein unentschuldbarer, im Sinn des § 460. Umgekehrt, ist der Mangel ein solcher, daß selbst die sorgfältigste und sachkundigste Diagnose des Käufers nicht zur Feststellung des Mangels führte, so ist der Käufer nicht nur im Irrtum, sondern auch in höchst unentschuldbarem Irrtum gewesen. — Warum soll bei Tieren Besonderes gelten? Bei tausend andern Arten von Sachen: bei Pflanzen, Früchten, Holzstämmen, ja auch bei nichtorganischen Sachen ist die Bestimmung der Fehlerlosigkeit der Sache oft nicht weniger als bei Tieren auf ganz unsichern Boden, und doch denkt niemand daran, die Annahme eines Irrtums begrifflich auszuschließen. Kaufe ich ein Bild, das seit unbekannter Zeit als Holbein gilt, so kann ich es glauben, daß ich einen Hol-

1) Ja so etwas kann kaum gesagt sein, da der I. Entwurf (§§ 98, 99) die verkehrswesentlichen Eigenschaften noch gar nicht ausdrücklich berücksichtigt.

bein in mein Vermögen gebracht habe; ſtellt es ſich in der Folge heraus, daß der „Holbein" nur eine geſchickte Kopie iſt, ſo klage ich aus § 119, und meine Klage kann nicht mit dem Einwand elidiert werden, daß ich in Wahrheit gar nicht im Stand des Irrtums geweſen ſei; nein, ich war im Irrtum; ich kannte die Momente nicht, die nachträglich zur Feſtſtellung der Kopie führten, und infolge meines Irrtums habe ich geglaubt und gehofft und darauf gerechnet, daß ich einen wertvollen Holbein erworben habe. — Richtig bemerkt Hirſch, daß bei den ädiliziſchen Klagen der Irrtum nicht causa der Klage ſei; ganz richtig, er iſt nicht causa der Klage, aber er iſt gleichwohl von großer rechtlicher Erheblichkeit; er findet alſo in Wahrheit die Beachtung des Geſetzes; und nicht getäuſchtes Hoffen zwar ſchützt der Prätor, wohl aber in der Tat den Irrtum des Käufers; der römiſche Juriſt ſagt: causa hujus edicti proponendi est, ut occurratur fallaciis vendentium, et emtoribus succurratur, quicunque decepti a venditoribus fuerint, dummodo, sciamus venditorem, etiamsi ignoraverit ea, quae aediles praestari jubent, tamen teneri debere. l. i. § 2 de aed. ed. XXI, 1: obgleich der Verkäufer nicht weiß, daß die Sache einen Fehler hat, muß er haften; ſein Irrtum wird nicht geſchützt, geſchützt aber wird das Nichtwiſſen, alſo der Irrtum des Käufers; Irrtum alſo und nicht getäuſchte Hoffnung findet den Schutz des Prätors. — Wenn endlich Hirſch den Grund dafür, daß der Verkäufer, der ein fehlerfreies Tier in der falſchen Annahme eines Mangels unter dem Wert verkauft, kein Klagrecht hat, darin findet, daß der § 119 nicht da ſei, getäuſchte Hoffnungen zu ſchützen, ſo iſt es ja gewiß richtig, daß die Geſetze (auch das ädil. Edikt) nicht dazu da ſind, der getäuſchten Spekulation zu helfen, aber die Entſcheidnng des Falls ergibt ſich doch aus andern, ganz naheliegenden Gründen: iſt die Eigenſchaft, deren Abmangel vom Verkäufer irrtümlich angenommen wird, eine verkehrsweſentliche, ſo genießt der Verkäufer den Schutz des § 119 ſo gut, wie der Käufer; z. B. wenn jemand einen wertvollen Farren in dem naiven

Irrtum verkauft, daß das Tier verschnitten sei, oder wenn jemand ein Bild in der Meinung verkauft, daß es eine Kopie sei, wogegen es in Wahrheit ein Holbein von höchstem Wert ist. Ist aber die fragliche Eigenschaft nur eine gebrauchserhebliche, so versagt eben das Gesetz dem Verkäufer jede Klage: die ädil. Klagen sind nur dem Käufer (einer fehlerhaften Sache) eingeräumt, der Irrtum aber über Eigenschaften, die das Wesen der Sache nicht berühren, findet als Irrtum im Motiv den Schutz des neuen Rechts so wenig, als er im früheren Recht beachtet wurde. — Nicht deshalb also wird der Verkäufer nicht geschützt, weil der von ihm geltend gemachte Irrtum in Wahrheit kein Irrtum sei, sondern deshalb, weil der geltend gemachte Irrtum nur ein solcher im Motive war. —

Wir kommen zu folgendem Ergebnis:

Dem Käufer einer fehlerhaften Sache steht neben den Rechtsmitteln der §§ 459 ff. die Anfechtungsklage des § 119 dann zu, wenn die der Sache fehlende Eigenschaft eine solche ist, daß sie für das konkrete Rechtsgeschäft das Wesen derselben bestimmt. — Dies gilt auch für den Handel mit Tieren, namentlich auch für den Handel mit den Haustieren des § 481. — Die sog. Hauptmängel involvieren als solche nicht den Mangel einer verkehrswesentlichen Eigenschaft, sondern auch bei ihnen ist es Tatfrage, ob die infolge des Fehlers mangelnde Eigenschaft eine verkehrswesentliche ist oder nicht. Die Vorschrift des § 119 schützt den Irrtum des Verkäufers wie des Käufers, die §§ 459 ff. schützen nur den Käufer; dieser aber beruft sich zur Begründung seiner Klage nicht auf seinen Irrtum, sondern auf den Mangel der Sache, und Aufgabe des Verkäufers ist es, darzutun, daß der Käufer nicht im Irrtum, oder daß sein Irrtum unentschuldbar gewesen sei.

IV.

Literarische Anzeigen.

Der obligatorische Grundstücksveräußerungsvertrag. Von R.A. Dr. Karl Gutbrod (Stuttgart, Kohlhammer. Preis: 2 Mk. 50 Pf.) — **Die Haftung für Tiere im B.G.B.** Von R.A. G. Stierle (Stuttgart, Holland und Josenhans, Preis 2 Mk. 40 Pfg.). Diese beiden Schriften sind für den Praktiker wertvoll, denn sie behandeln Gesetzesbestimmungen, die sehr häufig zur Anwendung kommen und zu vielfachen Zweifeln Anlaß geben. Die beiden Abhandlungen geben nun eine gründliche, kritische Uebersicht des Standes von Literatur und Praxis in Betreff der aufgetauchten Streitfragen. Beachtenswert ist in der Gutbrodschen Schrift namentlich die eingehende lichtvolle Behandlung der zum Teil schwierigen Fragen, die sich auf die Verträge des Gemeinschaftsrechts beziehen, und die Ausführungen über die Heilung des Formmangels, in der Stierleschen Arbeit die Durchführung des (Rümelinschen) Gedankens der Gefährdungshaftung, dessen folgerichtige Durchführung aber doch gegenüber dem Tierhalter nicht in gleichem Maß gesetzgeberisch gerechtfertigt sein dürfte, wie z. B. gegenüber den Eisenbahnen, zumal wenn man erwägt, daß er z. B. gegenüber dem Fabrikanten nicht zur Geltung gelangt ist, der durch die mit seinem Betrieb verbundene Explosions- oder Feuersgefahr u. s. w. das Publikum mannigfach gefährdet [1]).

Ein auch für den praktischen Juristen, nicht bloß für den Geschäftsmann u. s. w. brauchbares Büchlein ist die zu rascher Orientierung sehr geeignete Schrift: „Die Verjährungsfristen der deutschen Reichs- und württembergischen Landesgesetzgebung in alphabetischer Ordnung dargestellt" von Wolfarth und Waas (Stuttgart, Kohlhammer; Preis 1 Mk. 20 Pfg.). Die Angaben sind nach angestellten Stichproben zuverlässig; übrigens ist stets die einschlägige Gesetzesstelle angegeben.

In der zweiten Auflage des Staudingerschen Kommentars zum B.G.B. (vgl. Jahrb. Bd. 16 S. 143) ist neben einer das Familienrecht bis § 1697 fortführenden Lieferung die erste Lieferung des 5. Bands, der das Erbrecht behandelt, erschienen (Verfasser: R.A. Dr. Herzfelder); sie umfaßt die §§ 1922 bis 2015. Auch dieser Teil des Kommentars verspricht auf der Höhe seiner Aufgabe zu stehen: vgl. z. B. in der die Seiten 115—129 umfassenden Erläuterung des § 1967 die eingehende und gründliche Erörterung der Frage, ob nach dem B.G.B. der Erbe grundsätzlich beschränkt oder unbeschränkt haftet. Pf.

---

1) Der Satz auf S. 111 der sonst gut geschriebenen Schrift: der Aufsichtsführer dürfe sich „auf denselben Schadenseintritt auch ohne sein schuldhaftes Verhalten" berufen, ist ein warnendes Beispiel des Mißbrauchs von Substantiven an Stelle von Nebensätzen; es soll heißen: der Aufsichtsführer dürfe sich darauf berufen, daß derselbe Schaden auch ohne sein schuldhaftes Verhalten eingetreten wäre (vgl. Rümelin: Reden und Aufsätze Bd. 3 S. 203 ff.).

I.

Entscheidungen des Oberlandesgerichts.

A. in Civilsachen.

23.

Voraussetzungen der Haftung des Staates für die Folgen einer unerlaubten Handlung, die ein in einer Staatsirrenanstalt untergebrachter Geisteskranker außerhalb der Anstalt verübt hat.

Dem in einer staatlichen Irrenanstalt untergebrachten Geisteskranken K. O. war für einen Nachmittag auf die Zeit von 2—7 Uhr Ausgangsfreiheit gewährt; er kehrte aber nicht zur Zeit in die Anstalt zurück, sondern trieb sich in Wirtshäusern des Orts herum und verletzte Nachts zwischen $^1/_2$ 12 und 12 Uhr den Kläger, indem er ihn auf der Straße anfiel und zu Boden warf, so daß er eine Fußverletzung erlitt. Auf Klage des Klägers ist der beklagte Fiskus für schuldig erklärt worden, dem Kläger den entstandenen Schaden zu ersetzen.

Gründe:

Außer Streit ist, daß zur Zeit des Vorfalls vom 10. August 1902 der Metzger O. wegen seines geistigen Zustands der Beaufsichtigung bedurfte und daß der Beklagte kraft Vertrags die Aufsicht über ihn zu führen hatte. Nach § 832 BGB. ist daher der Beklagte zum Ersatz des Schadens verpflichtet, den der Kläger infolge der (unbestrittenermaßen widerrechtlich) durch O. ihm zugefügten Körperver-

letzung erlitten hat. Diese Ersatzpflicht wäre aber ausgeschlossen, wenn Beklagter darzutun vermöchte, daß er seiner Aufsichtspflicht genügt hat, oder daß der Schaden auch bei gehöriger Aufsichtsführung entstanden wäre.

Der Beklagte als juristische Person kann nur durch seine Organe oder durch sonstige Vertreter handeln. Nach § 31 vgl. mit § 89 BGB. haftet der Fiskus für den Schaden, den eines seiner Organe, nämlich „der Vorstand, ein Mitglied des Vorstands oder ein anderer verfassungsmäßig berufener Vertreter" (i. S. des § 30 BGB.) „durch eine in Ausführung der ihm zustehenden Verrichtungen begangene, zum Schadenersatz verpflichtende Handlmg" — oder Unterlassmg: vgl. § 241 BGB.[1]) „einem Dritten zufügt". Dieser Fall ist gegeben, wenn ein verfassungsmäßig berufener Vertreter des Fiskus eine ausreichende Beaufsichtigung der ihm unterstellten Geisteskranken unterlassen und es diesen dadurch ermöglicht hat, dritten Personen Schaden zuzufügen; er hat damit Raum für ein schädigendes Ereignis geschaffen, das ohne diese Unterlassung nicht eingetreten wäre.

Verfassungsmäßig berufene Vertreter des Fiskus sind solche staatliche Beamte, die durch die organisatorischen staatlichen Verwaltungsbestimmungen zu ihrer Tätigkeit berufen sind[2]). Hienach ist der ärztliche Vorstand einer staatlichen Irrenanstalt in Württemberg als ein solcher Vertreter des Fiskus anzusehen: zwar kommt nach der KVO. vom 21. Oktober 1880 betr. Veränderung in der Organisation der Medizinalbehörden (RBl. v. 1881 S. 3) dem Medizinalkollegium „die Oberleitung des gesamten, technischen, administrativen und ökonomischen Betriebs der Staatsirrenanstalten zu" (§ 7 Ziff. 9); aber die Anstaltsvorstände werden vom König ernannt und vertreten nach § 6 Abs. 1 des Statuts der Staatsirrenanstalten vom 20. März 1899 (RBl. S. 229 ff.) diese den Behörden und dem Publikum gegen-

1) RG. 52 Nr. 98.

2) RG. 53 Nr. 72; RG. bei Seuffert 59 Nr. 27; WürttJ. Bd. 17 S. 21, 24.

über (abgesehen von rein vermögensrechtlichen Angelegenheiten); sie sind daher durch die organisatorischen Verwaltungsbestimmungen zu ihrer Tätigkeit berufen und nicht bloß „zu einer Verrichtung bestellt" i. S. des § 831 BGB. Ungenügende Beaufsichtigung der Kranken durch den Anstaltsvorstand gilt daher als ungenügende Beaufsichtigung seitens des Beklagten.

Die Frage zu entscheiden, ob und inwieweit der Vorstand einer Irrenanstalt, ohne seine Aufsichtspflicht zu verletzen, einem Kranken gestatten darf, allein auf einige Zeit sich außerhalb der Anstalt zu bewegen, liegt kein Anlaß vor. Jedenfalls muß der Anstaltsvorstand darauf sehen, daß ein derart beurlaubter Kranker zur vorgeschriebenen Zeit sich wieder in der Anstalt einfindet; bleibt der Kranke über diese Zeit aus, so kann die Vermutung entstehen, es sei ihm etwas zugestoßen, und es kann — je nach der Persönlichkeit des Kranken — der Gedanke sich nahe legen, er gebe sich Trinkexzessen oder drgl. hin und könne sich dadurch in einen Zustand versetzen, in dem er dritte Personen zu gefährden oder zu schädigen geeignet sei; es ist daher geboten, wenn ein beurlaubter Kranker über die Zeit ausbleibt, alsbald nach ihm zu forschen und ihn in die Anstalt zurückzuführen. Wäre im vorliegenden Fall in solcher Weise verfahren worden, so wäre es nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge gelungen, in der Zeit zwischen 7 und $^1/_2$12 Uhr des O. habhaft zu werden, der sich ja innerhalb der kleinen Stadt W. in Wirtshäusern herumtrieb, und es wäre die Verletzung des Klägers durch O. unterblieben.

Daß dem O. ermöglicht wurde, in dieser Weise sich außerhalb der Anstalt herumzutreiben und Schaden anzurichten, daran trifft die Schuld in erster Linie den Vizeoberwärter F., der, obwohl er vom Ausbleiben O.s Kenntnis erhielt, dem Direktor keine Anzeige erstattete und keine Schritte zur Beibringung des Kranken tat. Aber auch der Anstaltsvorstand hat diejenige Aufsicht nicht walten lassen, die nach § 832 BGB. von ihm zu verlangen ist.

Zunächst sagen die Dienstanweisungen nicht mit voller Deutlichkeit, daß eine Anzeige an den nächsten Vorgesetzten, insbesondere den Direktor, auch dann alsbald zu erstatten ist, wenn ein beurlaubter Kranker über die Zeit ausbleibt, die allgemein lautenden Wendungen: „wird die Abwesenheit eines Kranken bemerkt", „wird ein Kranker vermißt" begreifen allerdings auch diesen Fall in sich, aber es ist nicht unbedingt sicher, ob das Wartepersonal auch diesen Fall als mit getroffen angesehen hat und ansehen mußte und nicht lediglich an solche Fälle dachte, da ein Kranker sich unerlaubter Weise aus der Anstalt entfernt. Die Vorsicht hätte deshalb geboten, das Wartpersonal ausdrücklich darauf hinzuweisen, daß auch beim Ausbleiben Beurlaubter über die ihnen gesetzte Zeit alsbald Anzeige zu erstatten sei. Es ist aber nicht ersichtlich, daß eine solche Hinweisung je erfolgt ist.

Aber auch abgesehen hievon kann die von der Direktion in der fraglichen Richtung geübte Aufsicht nicht als genügend angesehen werden, sofern nicht darauf geachtet wurde, ob die Wärter die auf dem Papier stehende Anzeigepflicht auch tatsächlich einhielten. Ob letzteres geschehen ist, erscheint durchaus unsicher, es kann nach dem Inhalt der Zeugenaussage des Direktors ganz wohl sein, daß nicht selten Kranke, die bis Abends 7 Uhr Ausgangsfreiheit hatten, erst erheblich später heimgekehrt sind, ohne daß der Direktor oder ein anderer Arzt etwas davon erfahren hat. Wenn in solchen Fällen der Kranke heimkam, ohne etwas angestellt, sich oder andere beschädigt zu haben, so war es keineswegs notwendig, daß der Direktor von dem zu langen Ausbleiben Kenntnis erhielt: in den Morgenrapport wurde natürlich nichts hierüber aufgenommen, wenn Abends die vorgeschriebene Anzeige versäumt worden war; bei den in der Zeit von 6 bis $^1/_2$8 Uhr stattfindenden Abendvisiten konnte der betreffende Arzt es leicht nicht bemerken, wenn ein bis 7 Uhr beurlaubter Kranker nicht zur Zeit heimkam; die Annahme, falls das Wartepersonal die erforderliche Anzeige nicht erstatten

sollte, werden es die Mitkranken tun, ist doch eine unsichere: zumal auf der landwirtschaftlichen Kolonie, in der O. sich befand, werden es die Mitkranken nicht notwendig sofort bemerken, wenn ein beurlaubter Kranker zu lang ausbleibt (F. soll ja z. B. vermutet haben, O. sei im Stall beschäftigt). Wenn also auch vor dem jetzt in Frage stehenden kein Fall festgestellt ist, in dem das Warteperſonal es unterlassen hat, Anzeige vom Ausbleiben eines Beurlaubten zu erstatten, so schließt das nicht aus, daß das Warteperſonal doch die betreffende Vorschrift schon lang lax gehandhabt und nicht selten außer acht gelassen hat: die Gefahr, daß einer der Aerzte einmal nach 7 Uhr kontrollierte, ob alle Beurlaubten rechtzeitig heimgekommen waren, bestand — wie sich aus der Aussage des Direktors ergibt — nicht, und in der Regel wird der Kranke in der Zeit, während er unerlaubter Weise ausbleibt, nichts besonderes anstellen, der Verstoß gegen die Anzeigepflicht also ohne schlimme Folgen bleiben.

Selbstverständlich kann nicht verlangt werden, der Anstaltsdirektor solle persönlich oder durch einen der unter ihm stehenden Aerzte sich jeden Abend überzeugen, ob alle beurlaubten Kranken zur Zeit heimgekehrt sind. Aber angesichts der bekannten Tatsache, daß Vorschriften der in Rede stehenden Art leicht allmählich in Vergessenheit geraten oder nachlässig gehandhabt werden, wenn einerseits deren Nichtbeobachtung in der Regel keinerlei nachteilige Folgen hat, andererseits die Vorgesetzten sich nie persönlich davon überzeugen, ob die Vorschrift befolgt wird, hätte es die Vorsicht geboten, daß von Zeit zu Zeit einer der Anstaltsärzte Abends nach 7 Uhr nachgesehen hätte, ob alle bis zu dieser Stunde beurlaubten Kranken heimgekehrt waren oder daß sonstige Maßnahmen getroffen wurden, um die Einhaltung der Anzeigepflicht sicherzustellen. Wäre dies geschehen, so hätte wohl F. nicht so leichthin unterlassen, die erforderliche Anzeige zu erstatten; es ist also mindestens nicht sicher, ob der eingetretene Schaden auch bei gehöriger Aufsichtsführung entstanden wäre. Daß aber Beklagter seiner Aufsichtspflicht genügt hat,

läßt sich aus den dargelegten Gründen nicht bejahen.

Urteil des I. Civilsenats vom 15. April 1904 i. S. Fiskus gegen Hiemer.

24.

Hat für das Verschulden eines Gerichtsvollziehers in Vollziehung eines Pfändungsauftrags gemäß Art. 202 AGBGB. der Staat bezw. die Gemeinde zu haften?

Ueber diese Frage besagen die

Gründe

eines Berufungsurteils in einem Fall, in dem der Gläubiger, in dessen Auftrag der beklagte Gerichtsvollzieher eine Pfändung vorgenommen hatte, gegen den Gerichtsvollzieher auf Schadensersatz klagte, weil er das Abhandenkommen gepfändeter Sachen dadurch verschuldet habe, daß er sie nicht in das Pfandlokal geschafft habe:

Nach der Entstehungsgeschichte des Art. 202 des AGBGB., insbesondere nach den speziell über das Verhältnis des Gerichtsvollziehers- zu dem betreibenden Gläubiger einerseits und zu dem auszupfändenden Schuldner andererseits im Bericht der Kommission der Kammer der Abgeordneten und in der Sitzung dieser Kammer vom 18. Mai 1899 abgegebenen Erklärungen [1]), muß an der bereits im Urteil des I. Civilsenats dieses Oberlandesgerichts vom 20. November 1903 in Sachen A. E. gegen die Firma Sch. und R. betätigten Auffassung auch angesichts der Entscheidung des Reichsgerichts Bd. 56 S. 85 ff. festgehalten werden, nämlich daran, daß *jedenfalls für das vorliegend strittige Verschulden* des Beklagten bei Ausführung des ihm von der Klägerin erteilten Auftrags nicht der Staat bezw. die Gemeinde, sondern der Beklagte selbst zu haften

1) Vgl. Beilagenband II 1899 S. 472 Spalte 1; Protokollband I S. 930 Spalte 1; vgl. auch Protokollband VI 1901/03 (Sitzung vom 27. März 1903) S. 3635 Spalte 1 und 2, S. 3636 Spalte 2, S. 3637 Spalte 2, S. 3638 Spalte 1.

hat[1]); daß im Verhältnis des Gerichtsvollziehers auch zu dem betreibenden Gläubiger ein öffentlich-rechtliches Element vorhanden ist, hat die Plenarentscheidung des Reichsgerichts Bd. 16 S. 405 nicht verkannt; ob dies öffentlich-rechtliche Element oder das privatrechtliche Mandatsverhältnis das Vorherrschende und Maßgebende ist, läßt sich strikte nicht beweisen; der Wortlaut des Art. 202 AGBGB. gibt jeder dieser Auffassungen Raum: die gesetzgebenden Faktoren haben sich jedoch speziell und ausdrücklich für die letztere Auffassung entschieden.

Urteil des II. CS. vom 12. Dezember 1904 i. S. Sänger u. Harburger g. Würthner.

25.

Haftung des Eigentümers einer Wirtschaft für die von seinem Wirtschaftsführer, der angeblich in Wirklichkeit Pächter war, bezogenen Lieferungen?[2])

Der Kl. hat von der beklagten Brauerei Bezahlung des Weins verlangt, den er in der Zeit von November 1901 bis März 1902 in die Wirtschaft zur Münchner Bierhalle in G. geliefert hat. Grundeigentümer des Wirtschaftsanwesens und Inhaber der Wirtschaftserlaubnis ist E. F., Teilhaber der beklagten offenen Handelsgesellschaft. Die Wirtschaft betrieb in der angeführten Zeit K. S., welcher für seine Person keine Wirtschaftserlaubnis hatte. Dieser war der Behörde gegenüber als „Wirtschaftsführer" bezeichnet und es war dem K. Oberamt G. ein Vertrag zwischen E. F. und S. vorgelegt, nach welchem S. als Wirtschaftsführer für die Wirtschaft zur Münchener Bierhalle bestellt wurde und in dessen § 5 bestimmt war: „E. F. hat sämtliche Getränke u. s. w. zu besorgen... Jedoch bevollmächtigt Herr F. den Herrn S. die gedachten Einkäufe ... zu besorgen."

1) Vgl. Windscheid-Kipp I § 21 Anm. 4a bis 4c, Oberlandesgericht Hamburg in SeuffA. Bd. 44 S. 130.

2) Vgl. WürttJ. 15 S. 148 ff.

Daneben hatte aber S. mit der Brauerei F. den Pachtvertrag abgeschlossen, nach welchem „die Brauerei F." ihm diese Wirtschaft verpachtete.

Der Betrieb durch S. dauerte bis Ende Juni 1902, die Rechnungen, die über den Wein an S. gesendet wurden, tragen die Aufschrift „Herrn K. S. z. Münchner Bierhalle von E. F." Die Bekl. hat Abweisung der Klage beantragt, indem sie geltend machte, in Wirklichkeit habe zwischen ihr und S. ein Pachtvertrag bestanden und Kl. habe dies gewußt. Die Civilkammer erkannte auf einen Eid des Kls. darüber, ob er gewußt habe, daß S. in Wirklichkeit nicht Wirtschaftsführer, sondern Pächter der Bekl. sei. Die Berufung der Bekl. gegen dieses Urteil ist zurückgewiesen worden.

Gründe:

Die Aufschrift der fraglichen Wirtschaft in G. lautete „Münchner Bierhalle von E. F."

Die Wirtschaftsaufschrift war eine Kundgebung gegen außen für die Oeffentlichkeit, insbesondere auch für den Geschäftsverkehr und zwar eine Kundgebung des Inhabers der Wirtschaft zunächst mit der Bedeutung, wie sie Art. 9 Abs. 1 EGHGB. (= § 15a GO.) ergibt.

Ferner war der Verwaltungsbehörde gegenüber S. als Wirtschaftsführer bezeichnet und es war dieser ein Wirtschaftsführungsvertrag zwischen S. und E. F., abwechselnd genannt mit der Brauerei F., vorgelegt worden. Darin war eine zunächst an die Behörde gerichtete Kundgebung nach außen des Inhalts zu finden, daß S. die Wirtschaft für E. F. oder die Brauerei F. betreiben sollte als deren Stellvertreter im Sinne des § 45 GewO., wobei er nicht der Erlaubnis des § 33 GewO. bedurfte, während die Beklagte oder E. F. Inhaberin der Wirtschaft blieb und diese auf deren Namen betrieben wurde.

Wenn nun die Beklagte und S. zugleich den Pachtvertrag abschlossen, nach welchem S. die Wirtschaft in eigenem Namen als Pächter zu betreiben hatte, so konnte ein solcher Betrieb nach außen nicht hervortreten, da er in Ermang-

lung einer Wirtschaftserlaubnis für S. unzulässig und verboten war. Es konnte sich dabei nur um eine auf die beiden Vertragsteile beschränkte geheime Verabredung handeln.

Die Kundgebung nach außen, wie sie in der Bezeichnung des S. als Wirtschaftsführer gegenüber der Behörde und in der Vorlegung eines Wirtschaftsführungsvertrags an diese, als Kundgebung der Beklagten, enthalten ist, war eine Kundgebung für den Geschäftsverkehr jedenfalls insoweit, als nach dem gewöhnlichen in Aussicht zu nehmenden Verlauf der Dinge der Geschäftsverkehr an sie anknüpfte. Dies war der Fall, indem der Kläger, wie S. bezeugt, sich bei der Behörde nach dem Sachverhalt erkundigt hatte, namentlich aber dadurch, daß S., wie er bezeugt und wie es nach der Sachlage geradezu notwendig war, schon um strafrechtliche Verfolgung (§ 147 Ziff. 1 GewO.) zu vermeiden, in seinem Geschäftsverkehr auf Grund der gegenüber der Behörde gemachten Darstellung sich nach außen durchaus als Wirtschaftsführer bezeichnete und benahm, als Stellvertreter und Bevollmächtigter der Bekln. auftrat, womit die Beklagte nach der Sachlage einverstanden sein mußte.

Mit diesen Kundgebungen steht im Einklang, jedenfalls nicht im Widerspruch, auch das Verhalten des Klägers. Er sandte den Wein auf Bestellung durch S. an diesen mit Rechnungen, die zunächst den Namen der Person enthielten, die am Orte selbst allein in Betracht kam, sodann die Wiedergabe der Wirtschaftsanschrift. Daß der Name S. beigesetzt wurde, erklärt sich daraus, daß S., wenn er auch nur Wirtschaftsführer war, als die den Betrieb in G. führende Person mit den dortigen Geschäftsleuten zu verkehren hatte, wenn auch für Rechnung und im Namen der Beklagten. Es konnte auch davon ausgegangen werden, daß die in G. abzuwickelnden Geschäfte durchaus von dem Leiter des dortigen Betriebs, als Vertreter der Beklagten, erledigt wurden und es hatte nichts Auffallendes, wenn S. bezahlte, selbst nicht, wenn er zunächst zur Bezahlung aufgefordert worden wäre. Daß S. den Schankerlös für sich verbraucht

hat, berührt den Kl. nicht. Es ist nicht anzunehmen, daß die Bücher des Klrs. eine andere Bezeichnung des Schuldners enthalten als die Rechnungen, aber wenn sie auch den Namen des S. allein enthalten würden, so wäre dies nach dem Ausgeführten als eine nicht maßgebende Abkürzung, nicht als Beweis für eine von jenen Kundgebungen abweichende Auffassung des Klägers anzusehen. Die Auffassung des Klägers ist übrigens in der Hauptfrage vom ersten Richter unter Eid gestellt.

Es ist nach den erörterten Umständen anzunehmen, daß jene Kundgebungen dem Kläger vor Abschluß der Geschäfte zugekommen sind, um die es sich hier handelt.

Die festgestellten Kundgebungen der Beklagten und des im Einverständnis mit der Beklagten handelnden Wirtschaftsführers sind maßgebend für den geschäftlichen Verkehr und binden die Beklagte. Es handelt sich hiebei um den Grundsatz, daß jeder sein Auftreten im Verkehr gegen sich gelten lassen muß, wie es durch Treu und Glauben im Verkehr erfordert wird. Dieser Grundsatz ist in den Bestimmungen des BGB. § 157, § 242, § 116 und namentlich mit Bedeutung für den vorliegenden Fall in den Bestimmungen über die Vollmacht § 164, 171 BGB. zum Ausdruck gekommen und von Staub[1]) für das Auftreten als Kaufmann und Gesellschafter näher ausgeführt.

Diese maßgebenden Kundmachungen bedeuten für den vorliegenden Fall, daß die Beklagte sich als Geschäftsinhaberin der Wirtschaft Münchner Bierhalle in G. behandeln lassen muß, daß davon auszugehen ist, die Beklagte habe für den Betrieb dieser Wirtschaft einen Wirtschaftsführer als Stellvertreter in der Person des S. aufgestellt und daß dieser als bevollmächtigt gilt, die Geschäfte, die der Wirtschaftsbetrieb gewöhnlich mit sich bringt, für die Inhaberin, in deren Namen

1) HGB. Exkurs zu § 5 insbes. Anm. 1 Abs. 2 S. 80, sowie zu § 123 Anm. 9, 10, 11, 15, 18.

vorzunehmen, so auch den Einkauf von Wein, jedenfalls am Orte selbst und in den hier fraglichen Mengen. Dies ergibt sich aus allgemeinen Grundsätzen in Verbindung mit §§ 45, 47 GewO. §§ 171, 164 Abs. 1 BGB., die Erstreckung der durch die Kundgebungen erteilten Vollmacht auf die hier fraglichen Weinanschaffungen ergibt sich übrigens auch aus § 54 HGB., sofern der Wirt als Kaufmann (§ 1 HGB.), wenn auch unter Umständen als Kaufmann im Sinn des § 4 Abs. 1 HGB. anzusehen ist, wobei die Vorschriften über die Handlungsvollmacht (wenn auch nicht über die Prokura) maßgebend sind.

Hienach ist davon auszugehen, daß S. durch die fraglichen Weinanschaffungen, die Beklagte gegenüber dem Kläger verpflichtet hat, soweit nicht eine Verweigerung des vom ersten Richter auferlegten und vom Kläger nicht angefochtenen Eides zu Ungunsten des Klägers eine andere Sach- und Rechtslage schafft.

Urteil des I. CS. vom. 4 Dez. 1903 i. S. Frank g. Schmuck.

26.

Anwendung des § 254 BGB. in einem Fall des § 1 des Haftpflichtgesetzes?

Am 2. April 1902 ist der Ehemann der Klägerin dadurch verunglückt, daß er, als er — wie er häufig zu tun pflegte — mit einem elektrischen Motorwagen der Beklagten die Rotenwaldstraße in Stuttgart Abends zwischen 9 und 10 Uhr hinauffuhr, in einer Kurve der Bahn von der hinteren Plattform herab zum Wagen hinaus und derart auf die Straße stürzte, daß er infolge des Sturzes nach wenigen Tagen starb. Die eidlich vernommenen Zeugen haben übereinstimmend angegeben: W. sei über die Haltestelle, an der er habe aussteigen wollen, hinausgefahren und habe — hierüber aufgeregt — seine bisherige Stellung, wobei er sich an die Rückwand der hinteren Plattform gelehnt hatte, ver-

lassen und sich bis zum Augenblick des Sturzes nirgends festgehalten, so daß die Zeugen W. und Sch. nach ihren Angaben ihn aufforderten, er solle sich doch festhalten. Nach der Angabe des Zeugen Sch. machte W. unmittelbar vor dem Sturz in der Nähe der hinteren Wagenwand eine Drehung, wie wenn er sich anlehnen wollte, was ihm aber nicht mehr gelungen sei.

Im Berufungsverfahren ist die Beklagte für schuldig erklärt worden, der Klägerin ein Viertel des Schadens zu ersetzen, den die Klägerin durch den Tod ihres Ehemanns erlitten hat.

Gründe.

Ein Verschulden, das die Beklagte der Klägerin gegenüber aus § 823 BGB. haftbar machen würde, fällt der Beklagten nicht zur Last. Was die Vorrichtungen zur Absperrung der Wagen-Plattformen anlangt, so schließt schon die Tatsache ein Verschulden der Beklagten aus, daß die angebrachten Absperrvorrichtungen seiner Zeit mit Genehmigung der Aufsichtsbehörde ohne Ersatz beseitigt worden sind und auch neuestens, als die Frage wieder zur Erwägung kam, die zuständige technische städtische Behörde, das Tiefbauamt, beantragt hat, eine Wiedereinführung solcher Absperrvorrichtungen nicht zu verlangen, welchem Antrag die Bauabteilung des Gemeinderats und dieser selbst zugestimmt hat. Hieraus folgt, daß die Ansichten über die Zweckmäßigkeit solcher Vorrichtungen auch in den Kreisen der Techniker geteilt sind; eine Straßenbahnverwaltung kann daher auch bei der gebotenen sorgfältigen Prüfung der Frage, ob nicht solche Vorrichtungen anzubringen sind, ganz wohl zu deren Verneinung gelangen, ohne daß ihr daraus ein Vorwurf gemacht werden könnte.

Ganz unerheblich ist, ob der Motorwagen, in dem der Ehemann der Klägerin gefahren ist, seitliche Messinggriffe zum Festhalten gehabt hat oder nicht. Bei der schwachen Besetzung der hinteren Plattform (3 Fahrgäste und der Schaffner) hatte W. auch ohne solche Griffe Gelegenheit ge-

nug, sich festzuhalten (z. B. an den das Wagendach tragenden Stangen) oder sich anzulehnen, und wenn er das eine oder das andere getan hätte, wäre er vermutlich nicht hinausgestürzt. Zwischen dem Fehlen der Griffe und dem Sturz W.s bestünde daher jedenfalls kein ursachlicher Zusammenhang.

Die Haftung der Beklagten für den durch den Tod des W. seiner Frau erwachsenen Schaden ist — wie außer Streit ist — gemäß § 1 des Haftpflichtgesetzes begründet, wenn nicht die von der Beklagten vorgeschützte Einrede zutrifft, W. habe den Unfall durch eigenes Verschulden verursacht.

Nun steht fest, daß der Unfall in erster Linie durch den Betrieb der Bahn verursacht worden ist: dieser Betrieb ist seiner Natur nach bei normalem Verlauf der Dinge geeignet, durch den mit ihm bei raschem Befahren von Kurven verbundenen Verlust des Gleichgewichts mitfahrende Personen herauszuschleudern, die auf einer (offenen) Plattform eines Wagens stehen; ein solches Stehen ist gestattet und im Betrieb vorgesehen. Stürzt eine solche Person infolge jener Erschütterung heraus, so läßt sich nicht sagen, ein dem normalen Verlauf des Betriebs fremder Umstand habe den Unfall veranlaßt (wie z. B. in dem Fall, da jemand vor dem in schnellem Lauf befindlichen Wagen vorübergehen will und von ihm erfaßt wird, oder aus einem solchen Wagen aussteigt und zu Fall kommt). Diese mögliche Folge des regelmäßigen Bahnbetriebs läßt sich nun freilich dadurch ausschließen, daß die auf der Plattform Stehenden sich festhalten oder anlehnen, und die Unterlassung einer solchen Vorsichtsmaßregel kann sich als ein *Verschulden* darstellen, das zur Herbeiführung des Unfalls *mitgewirkt* hat; aber als *die* („alleinige")[1]) Ursache des Unfalls stellt sich doch nicht die dem W. in dieser Beziehung zur Last fallende Unterlassung dar; als „wirkende Ursache" (causa efficiens) erscheint vielmehr in erster Linie der Bahnbetrieb mit der ihm eigentümlichen Erschütterung der Wagen. — Hienach läßt sich

1) Vgl. RG. 53 Nr. 98 S. 399.

nicht sagen, die Beklagte haste nicht, weil der Getötete den Unfall durch eigenes Verschulden verursacht habe (§ 1 des Haftpflichtgesetzes). Wohl aber ist die Bestimmung des § 254 BGB. zu berücksichtigen, der nach richtiger (auch vom Reichsgericht in wiederholten Entscheidungen[1]) gebilligter) Ansicht auch auf die dem Kreis des Haftpflichtgesetzes angehörenden Fälle Anwendung findet. Die Vorschrift des § 254 kommt zur Anwendung, „wenn zwei Faktoren, nämlich der zum Schadensersatz verpflichtende Umstand und das Verschulden des Beschädigten, zusammengewirkt haben um den Schaden herbeizuführen"[2]).

Das trifft im vorliegenden Fall zu. Um den Unfall — den Sturz und den dadurch veranlaßten Tod des W. — herbeizuführen, hat neben dem Bahnbetrieb das eigene schuldhafte Verhalten des Getöteten mitgewirkt. W. ist unstreitig häufig — wo nicht täglich — auf der Rotenwaldstraße im Motorwagen der Beklagten gefahren; jeder erwachsene, zurechnungsfähige Mensch, der in Stuttgart häufig auf der elektrischen Bahn fährt, weiß, daß es gefährlich ist, auf der Plattform frei zu stehen oder herumzugehen, wegen der bei den nicht seltenen Krümmungen der Bahn das Gleichgewicht beeinträchtigenden Bewegungen des Wagens; der Verunglückte muß gewußt haben, daß diese Gefahr bei den häufigen und starken Kurven der Bahn in der Rotenwaldstraße in besonderem Grad besteht; er war zudem durch den Schaffner Sch. und den Zeugen W. aufgefordert worden, sich festzuhalten. Er hat daher in hohem Maß unvorsichtig (fahrlässig, schuldhaft) gehandelt, indem er trotz alledem während eines — wie sich aus den Zeugenaussagen ergibt — nicht ganz kurzen Zeitraums es unterlassen hat, sich festzuhalten oder anzulehnen. Durch dieses Verhalten hat er zum Eintritt des Unfalls mitgewirkt: denn hätte er sich angelehnt oder festgehalten, so hätte die Erschütterung des Wagens, die ihn hinausgeschleudert hat, bei ihm diese Folge so wenig herbeige-

1) Vgl RG. 53 Nr. 21 und Nr. 98.
2) Planck, BGB. Bd. 2 Anm. 1 zu § 254.

führt, wie bei den andern drei auf der Plattform befindlichen Personen.

Immerhin konnten diese Erwägungen nicht dazu führen, die Klage vollständig abzuweisen. Es kommt in Betracht, daß der Betrieb der Beklagten, wenn ihr auch nach dem in Ziff. I Ausgeführten kein Verschulden bezüglich des eingetretenen Unfalls zur Last zu legen ist, doch in betreff der Möglichkeit eines Hinausstürzens von Fahrgästen zufolge Verlust des Gleichgewichts angesichts der Stuttgarter Straßen- und Boden-Verhältnisse, die häufig, namentlich auch auf berganführenden Strecken zu starken Kurven nötigen, entschieden gefährlich ist, und daß andererseits der Verunglückte darüber in einiger, nicht ganz ungerechtfertigter Erregung war, daß ihn der Schaffner nicht an der Haltestelle, an der er aussteigen wollte, hieran erinnert hat, wodurch es einigermaßen entschuldigt wird, daß er die gebotenen Vorsichtsmaßregeln zu beobachten unterließ.

Urteil des I. CS. vom 13. Juli 1903 i. S. Wörner g. Stuttgarter Straßenbahnen.

27.

1) Voraussetzungen des Gläubigerverzugs (Auslegung des § 295 BGB.)

2) Ist der Gläubiger verpflichtet, im Fall der Bezahlung seiner Hypothekenforderung dem Schuldner eine Löschungsbewilligung zu erteilen?

Der Beklagte schuldete der am 22. Dezember 1900 verstorbenen Mutter der Kläger aus Darlehen 20 000 M. und aus Kauf 9000 M. je zu 4% verzinslich und auf dem in Z. gelegenen Anwesen des Beklagten hypothekarisch sichergestellt. Beide Hypotheken sollten im Einverständnis mit den Klägern auf 1. September 1901 durch ein von dem Beklagten bei der württ. Sparkasse aufzunehmendes Darlehen heimbezahlt werden. Am 2. September 1901 erklärten deshalb die Erben der Gläubigerin, deren Witwer und die

Kläger, vertreten durch ihren damaligen Vormund, in einem Notariatsprotokoll, daß sie die Löschung der Hypotheken bewilligen, „vorbehältlich der Genehmigung durch das Vormundschaftsgericht Z. hinsichtlich der beteiligten minderjährigen Gläubiger K. und A. L." Seinem Versprechen gemäß suchte deshalb der Vormund Sch. mit Eingabe vom 5. September 1901 bei dem Vormundschaftsgericht Z. um Erteilung dieser Genehmigung nach, der Vorsitzende des Vormundschaftsgerichts teilte aber dem Vormund mit Schreiben vom 11. September 1901 mit, es habe mit Rücksicht darauf, daß der Erbteilungsvertrag zwischen den Klägern und ihrem Stiefvater noch nicht festgestellt sei, die Löschungsbewilligung nicht genehmigt werden können. Mit Eingabe vom 6. September 1901 hatte auch der Beklagte das Ersuchen „um Löschungsbewilligung" an das Vormundschaftsgericht Z. gestellt, indem er schrieb: „Die 29000 M. samt 4% Zinsen liegen auf der württemb. Sparkasse für Sie parat und ersuche ich Sie um Löschbewilligung, damit Sie genannte Summe erheben können, da ich den Betrag nicht weiter als bis heute verzinsen werde." Nachdem die Sparkasse am 5. November 1901 mitgeteilt hatte, sie habe für Rechnung der Kläger an deren Vormund und Gegenvormund das Kapital von 29000 M. nebst 4% Zinsen vom 1. Januar bis 6. September 1901 ausbezahlt, genehmigte das Vormundschaftsgericht am 7. November die Löschungsbewilligung. Kläger haben gegen den Beklagten Klage auf Bezahlung der Zinsen aus den 29000 M. für die Zeit vom 6. September bis 31. Oktober 1901 erhoben, Beklagter hat Abweisung der Klage beantragt, weil die Kläger sich in der fraglichen Zeit in Gläubigerverzug befunden haben. Er wurde nach dem Klagantrag verurteilt, vom Berufungsgericht aus folgenden

Gründen:

Die Kündigung der Hypotheken „zur Heimzahlung durch die württ. Sparkasse" hatte selbstverständlich weder die Wirkung, ein Vertragsverhältnis zwischen den Klägern und

der württ. Sparkasse herzustellen, noch Rechte des Beklagten gegen die Kläger auf die württ. Sparkasse zu übertragen, noch gar den Lauf der Vertragszinsen zu hemmen. Auch im übrigen ist weder über Vertragsverhandlungen zwischen den Klägern und der württ. Sparkasse noch über Abtretungsverhandlungen zwischen dieser und dem Beklagten Tatsächliches vorgebracht. Die württ. Sparkasse konnte wohl wie jeder dritte, da der Schuldner nicht widersprach, gemäß § 267 BGB. den Klägern die Hypothek heimzahlen, doch stand dann das in § 368 BGB. geregelte Recht auf Quittung wohl nicht ihr, sondern dem Beklagten als dem Schuldner zu. Der vertragsmäßige Anspruch der Kläger auf die Zinsen vom 6. September bis 31. Oktober 1901 aber war nur dann gemäß § 301 BGB. beseitigt, wenn sie während dieser Zeit im Gläubigerverzug waren.

Wären nicht alle Beteiligten, die württ. Sparkasse eingeschlossen, der Meinung gewesen, es bedürfe zur Ablösung der Hypotheken durch die württ. Sparkasse der Löschungsbewilligung der seitherigen Gläubiger und, da die Kläger minderjährig waren, der Genehmigung dieser Löschungsbewilligung durch das Vormundschaftsgericht, so wäre die Heimzahlung der Hypotheken schon vor dem 6. September 1901 glatt von statten gegangen. Nun lag aber das Hindernis an der Sparkasse, die (bis sie sich, ausweislich ihrer Zuschrift an das Vormundschaftsgericht Z. vom 5. November 1901 Ende Oktober 1901 eines andern besann) ohne vormundschaftsgerichtlich genehmigte Löschungsbewilligung das zugesagte Darlehen nicht ausbezahlen wollte, und an dem Vormundschaftsgericht Z., das mit Rücksicht auf die schwebenden Nachlaßverhandlungen erst am 7. November 1901 die Genehmigung zur Löschungsbewilligung erteilte. Daß sich ein Schuldner durch derartige Hindernisse soll hinhalten lassen, und, wenn die Voraussetzungen des Rechts zur Hinterlegung des Schuldbetrags nicht zutreffen, bis zur Beseitigung solcher Hindernisse seine Schuld soll verzinsen müssen, während er ohne solche Hindernisse, die nicht in seiner Per-

son, sondern in der Person der Gläubiger gelegen sind, sich von Schuld und Zinsenlast früher hätte befreien können, widerstreitet anscheinend der Billigkeit. Wenn der Gläubiger, wie der Beklagte annimmt, gegen Empfang der geschuldeten Leistung nicht allein (gemäß § 368 BGB.) ein schriftliches Empfangsbekenntnis, sondern auch eine Löschungsbewilligung auf Verlangen zu erteilen hätte, zu dieser Zug um Zug geschuldeten Gegenleistung (§ 298) aber unstreitig nicht auf der Stelle im stande ist, obschon ihm die Heimzahlung vom Schuldner eine angemessene Zeit vorher angekündigt war (§ 299 BGB.), so spricht auch manches dafür, daß die Schuld an dieser Verzögerung im Vollzug des Erfüllungsgeschäftes nicht dem Schuldner, sondern dem Gläubiger beizumessen sei. Immerhin möchte es in solchem Fall zweifelhaft erscheinen, ob die Kläger gemäß § 293 BGB. von da ab, als ihrem Vormunde bekannt gegeben war, daß er das Geld zur Heimzahlung der Hypothek auf der württemb. Sparkasse in Empfang nehmen könne, in Verzug kamen, da sie die ihnen angebotene Leistung nicht annahmen. Allein hiegegen kommt folgendes in Betracht. Nach § 270 Abs. 1 BGB. hatte der Beklagte das von ihm geschuldete Geld den Klägern an deren Wohnsitz zu übermitteln. Ob als dieser Wohnsitz derjenige der minderjährigen Kläger oder derjenige ihres gesetzlichen Vertreters anzusehen war, mag dahingestellt bleiben. Da der Beklagte das Geld nicht an die Adresse der minderjährigen Kläger selbst absenden konnte, mußte er, wenn er an deren Wohnort das Geld übermitteln wollte, deren Vormund auffordern, ihm eine zur Empfangnahme und Quittierung daselbst ermächtigte Person zu bezeichnen und damit eine „zu Bewirkung seiner Leistung erforderliche Handlung" vorzunehmen (§ 295 Satz 2). Diese Aufforderung hat der Beklagte unterlassen. Er hat sich aber auch nicht erboten, das Geld dem Vormund zu übersenden, jedenfalls lag in der Eröffnung, daß das Geld für die Gläubiger auf der württ. Sparkasse bereit liege, weder ein tatsächliches (§ 294 BGB.) noch auch nur ein wörtliches

(§ 295 BGB.) Angebot, das Geld — sei es nach Pf. oder nach St. — an die Kläger zu übermitteln.

War der Beklagte nur gegen Erteilung einer Quittung und Löschungsbewilligung zur Uebermittlung des Geldes verpflichtet, so durften die Kläger allerdings sich nicht zur Annahme der angebotenen Leistung bereit erklären, ohne zugleich die verlangte Gegenleistung anzubieten, und bewirkte ein solches Verhalten der Kläger, daß sie in Annahmeverzug kamen (§ 298 BGB.). Um diese Wirkung jedoch herbeizuführen, bedurfte es nach § 298 BGB. immerhin eines Angebots der Leistung durch den Schuldner; die ihm obliegende Leistung (Uebermittlung des Geldes) hat aber der Schuldner hier, wie erwähnt, weder tatsächlich noch wörtlich angeboten. Nur dann bedurfte es eines solchen Angebotes überhaupt nicht, wenn die Gläubiger eine „zur Bewirkung der Leistung des Schuldners erforderliche" Handlung auf eine nach dem Kalender bestimmte Zeit vorzunehmen hatten, deren rechtzeitige Vornahme aber unterlassen haben (§ 296 BGB.), oder wenn der Schuldner die Gläubiger aufgefordert hatte, die zur Bewirkung seiner Leistung erforderliche Handlung vorzunehmen (§ 295 S. 2 BGB.). Der erste Fall soll nach der Auffassung des Beklagten hier vorliegen, weil die Kläger nicht rechtzeitig auf 1. September 1901, den Tag der angekündigten Heimzahlung der Hypotheken, Quittung und Löschungsbewilligung bereit gehalten und angeboten haben. Daß diese Auffassung des Beklagten unrichtig ist, wird unten gezeigt werden. Das Vorliegen des zweiten Falls aber wäre, da der Vormund der Kläger zweifellos zu Erteilung von Quittung und Löschungsbewilligung aufgefordert worden ist, nur dann zu bejahen, wenn die Erteilung von Quittung und Löschungsbewilligung als eine „zur Bewirkung der Leistung des Schuldners erforderliche Handlung" des Gläubigers im Sinne des § 295 BGB. anzusehen wäre. Dies ist aber nicht der Fall. Die Erteilung der Quittung, die dem Gläubiger gemäß § 368 BGB. auf Verlangen gegen Empfang der Leistung obliegt,

ist allerdings eine Leistung des Gläubigers, die Zug um Zug gegen die Erfüllung der Verpflichtung des Schuldners zu seiner Leistung erfüllt werden muß[1]). Aber daß sie eine Handlung des Gläubigers sei, die zur Bewirkung der Leistung des Schuldners erforderlich ist, kann nicht gesagt werden. Unter solchen Handlungen des Gläubigers sind im Sinne des § 295 BGB. ganz andere Handlungen verstanden, nämlich solche, ohne deren Vornahme durch den Gläubiger der Schuldner die ihm obliegende Leistung weder vornehmen noch auch in concreto anbieten kann. Es ist dies z. B. die Ausübung eines dem Gläubiger zustehenden Wahlrechts, die ihm zukommende Spezifikation des geschuldeten Gegenstandes, eine von dem Gläubiger zuvor aufzustellende Berechnung, oder die Abholung der geschuldeten Sache bei dem Schuldner, wenn eine Holzschuld in Frage steht[2]). Um dergleichen handelt es sich aber hier nicht: der Schuldner hätte Zahlung tatsächlich anbieten und auch leisten können, die Ausstellung einer Quittung war hiezu nicht erforderlich, zu Bewirkung und Anbietung seiner Leistung bedurfte es der Gegenleistung der Gläubiger nicht; er war bloß nicht verpflichtet, ohne diese Gegenleistung selbst zu leisten. Daß die Gegenleistung der Gläubiger aber so, wie die Beteiligten dieselbe für erforderlich hielten, zur Zeit, insolange als das Vormundschaftsgericht die Genehmigung nicht erteilte, nicht erfolgen konnte, stand fest, dem fertigen Vollzug des Erfüllungsgeschäftes fehlte es also an der Erledigung desjenigen Teils, den die Gläubiger dazu beizutragen verpflichtet waren. Unter solchen Umständen könnte wohl die Frage aufgeworfen werden, ob ein Gläubiger, der außer stande ist, das Seinige zur Vollendung des Erfüllungsgeschäfts zu tun, rechtlich nicht einem Gläubiger gleichzuachten ist, der dem Schuldner erklärt hat, daß er die Leistung nicht annehmen werde (§ 295 BGB.), ob von dem Erfordernis des tat-

1) § 298 BGB.; Motive z. Entw. I Bd. 2 S. 73; Dernburg, Schuldverhältnisse § 75 Ziffer III, § 115 Ziffer IV bei Note 12.

2) Dernburg, a. a. O. § 75 II 2 b und c.

sächlichen Angebots (§ 294 BGB.) in einem solchen Fall nicht deshalb abzugehen sei, weil sich ein tatsächliches Angebot als ein vergebliches und sinnloses Beginnen darstellen würde, und ob der Gläubiger nicht nach § 296 BGB. auch durch ein bloß wörtliches Angebot des Schuldners (oder die solchem Angebot gleichstehende Aufforderung an den Gläubiger, Quittung zu erteilen) in Verzug gesetzt werden kann, wenn er die von ihm verlangte Gegenleistung nicht anbietet.

Einer Entscheidung dieser Frage bedarf es jedoch deshalb nicht, weil die Annahme der Beteiligten, es habe zur Heimzahlung der Hypotheken der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bedurft, und die im Laufe des Rechtsstreites aufgestellte Behauptung des Beklagten, bei Zahlung einer Hypothek sei der Gläubiger zur Erteilung einer Löschungsbewilligung verpflichtet, auf Irrtum beruhen. Zur Verfügung über die seinen Mündeln zustehenden Hypotheken bedurfte der Vormund nach § 1821 Abs. 2 verglichen mit Abs. 1 Ziff. 1 BGB. der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts nicht. Vielmehr brauchte er zur Entgegennahme der Hypothekenzahlung und Ausstellung der gewünschten Löschungsbewilligung nach § 1812 Abs. 1 BGB. nur der Genehmigung des Gegenvormundes. Die Erteilung der Löschungsbewilligung aber stand in seinem freien Belieben, eine rechtliche Verpflichtung bestand hiezu nicht. Die gegenteilige Meinung des Beklagten ist offensichtlich von der Anschauung des früheren Rechts beherrscht, nach welchem die Tilgung der Forderung den Untergang des Unterpfandsrechts zur Folge hatte. Im neuen Recht gilt dies bekanntlich nicht mehr, vielmehr hat nach § 1163 Abs. 1 Satz 2 BGB. das Erlöschen der Forderung die Folge, daß der Eigentümer die Hypothek erwirbt. Wird also die Hypothek vom Schuldner, der zugleich Eigentümer des belasteten Grundstücks ist, heimbezahlt, so ist die gesetzliche, ohne Eintrag im Grundbuch sich vollziehende Folge die, daß Eigentümerhypothek entsteht. Der Eigentümer hat nun die Wahl, ob er das Grundbuch dahin berichtigen lassen will, daß an Stelle des

eingetragenen Hypothekengläubigers er selbst Hypothekenberechtigter geworden ist, oder ob er die Hypothek löschen lassen will. Zur Berichtigung des Grundbuchs braucht er von dem seitherigen Hypothekengläubiger nichts als eine öffentlich beglaubigte Quittung, zu deren Ausstellung der Gläubiger gemäß § 368 S. 2 BGB. verpflichtet ist. Auf Grund dieser Quittung kann der Eigentümer gemäß § 22 Abs. 1, § 29 GBO. ohne jede weitere Erklärung des seitherigen Gläubigers die Berichtigung des Grundbuchs herbeiführen. Um eine Löschung des Rechts am Grundstück kann es sich in diesem Fall nicht handeln, da die Hypothek als Eigentümerhypothek fortdauern soll. Eben deshalb kann eine Verpflichtung des Gläubigers zu Erteilung einer Löschungsbewilligung in solchen Fällen nicht in Frage kommen. Will aber der Eigentümer anstatt eine Berichtigung des Grundbuchs herbeizuführen, die Hypothek löschen lassen, so bedarf er auch in diesem Falle keiner Löschungsbewilligung des Gläubigers. Er braucht vielmehr bloß durch Vorlegung der öffentlich beglaubigten Quittung des Gläubigers dem Grundbuchamt nachzuweisen, daß er nach § 1163 Abs. 1 Satz 2 BGB. Eigentümerhypothek erworben habe, und kann dann die Löschung dieses seines Rechts nach § 875 Abs. 1 BGB. selbst herbeiführen. Die im Verkehr häufig vorkommende Löschungsbewilligung des Hypothekengläubigers ist eine Erklärung über die Aufhebung der Hypothek gemäß §§ 1183, 875 Abs. 1 BGB., zu welcher der Gläubiger rechtlich nicht verpflichtet ist, wofern nicht etwa ausdrücklich zwischen den Parteien etwas derartiges vereinbart wäre. Denn aus dem Schuldverhältnis an sich ist die Verpflichtung des Gläubigers zu einem solchen Rechtsgeschäft, an welchem der Schuldner und Grundstückseigentümer kein rechtliches Interesse hat, nicht abzuleiten und eine entsprechende gesetzliche Vorschrift besteht nicht. Die Meinung des Beklagten, in § 1144 BGB. sei eine derartige Verpflichtung des Gläubigers ausgesprochen, ist nicht richtig. Es ist in § 1144 nicht gesagt, daß der Gläubiger eine Löschungsbewilligung zu erteilen habe. Viel-

mehr ergibt sich aus dem, was soeben dargelegt worden ist, daß der Eigentümer auch ohne solche Löschungsbewilligung die Löschung herbeiführen kann. Wie der Zusammenhang des § 1144 mit den vorangehenden und den nachfolgenden §§ dartut, handelt es sich dabei um solche Fälle, in welchen der Eigentümer des Grundstücks, der nicht zugleich persönlicher Schuldner ist, den Gläubiger befriedigt. Da er in keinem Schuldverhältnis zu dem Gläubiger steht, mußte durch ausdrückliche gesetzliche Bestimmung angeordnet werden, daß er ebenso wie der Schuldner gegen den Gläubiger Anspruch auf diejenigen Leistungen hat, durch die der Gläubiger dem Schuldner die Rechtswirkungen der Erfüllung sichern muß, insbesondere also Anspruch auf Quittung im Sinne des § 368 BGB.

Hatte nun der Beklagte gegen Heimzahlung der Hypotheken nur Anspruch auf Erteilung einer öffentlich beglaubigten Quittung, so durfte er von den Klägern mehr nicht verlangen und konnte sie nur dadurch in Annahmeverzug versetzen, daß er die Uebermittlung des geschuldeten Geldes anbot oder doch zum mindesten unter Erbieten zu dieser Uebermittlung das Verlangen stellte, es müsse ihm eine öffentlich beglaubigte Quittung ausgestellt werden. Hätte er sich hierauf beschränkt, so hätte sich die Zahlung in den ersten Tagen des September 1901 bewerkstelligen lassen. Statt dessen verwies er die Klägerin an die württ. Sparkasse, die ohne Löschungsbewilligung der Gläubiger das Geld nicht hergeben wollte. Wenn nun auch der Vormund der Kläger um Beschaffung dieser Löschungsbewilligung bemüht war, so wollte er mit diesem Entgegenkommen dem Recht seiner Mündel doch nichts vergeben. Die Kläger waren deshalb nicht verpflichtet, ein dergestalt beschränktes Angebot sich gefallen zu lassen, und der Beklagte konnte sie durch dieses Angebot, das der ihm obliegenden Leistung, so wie sie zu bewirken war, nicht entsprach, auch nicht in Verzug setzen. Waren sie aber nicht im Annahmeverzug, so durften sie auch

bis zur Heimzahlung des Kapitals am 31. Oktober 1901 die vertragsmäßig geschuldeten Zinsen fordern.

Urteil des I. Civilsenats vom 17. November 1903 i. S. Lauser g. List.

28.

Voraussetzungen der Anfechtung des Kaufs eines Werks des Kunstgewerbes wegen Unechtheit.

Kl. hat vom Bekl., einem Antiquitätenhändler, eine „Sèvres-Vase" um 650 M. gekauft. Mit der Behauptung, die Vase sei keine echte Sèvres-Vase, hat Kl. die bezahlten 650 M. zurückverlangt. Nach dem Gutachten eines Sachverständigen ist die Vase nicht echt, eine echte Sèvres-Vase solcher Art würde nach diesem Gutachten 5000 M., vielleicht auch das Doppelte, kosten. Das Berufungsgericht hat die Entscheidung von einem dem Bekl. darüber, daß er nicht die Echtheit der Vase zugesichert habe, zugeschobenen Eid abhängig gemacht. In den

Gründen

ist gesagt: Eine stillschweigende Zusicherung der Echtheit einer Antiquität kann allerdings unter Umständen ohne weiteres aus der Sachlage gefolgert werden. Dies wäre z. B. anzunehmen, wenn die Vase in einem Spezialgeschäft für Porzellanantiquitäten um einen Preis, wie er für ein echtes Stück sachgemäß ist (etwa um 4000—6000 Mark) gekauft worden wäre[1]). Anders aber liegen die Umstände des vorliegenden Falls. Echte Sèvres-Vasen werden in Stuttgart nur wenig gehandelt (zu vgl. das Gutachten des Sachverständigen N.). Auch kommt der vom Kläger bezahlte Preis weit eher dem Wert einer Imitation als dem eines Originalstücks nahe. Hiernach war der Fall nicht so gelagert, daß Kläger ohne weiteres aus den Umständen stillschweigende Zusicherung der Originalität des an ihn verkauften Stückes entnehmen durfte. Was aber die Frage der

1) Vgl. Kohler in Iherings Jahrbüchern für Dogmatik Bd. 28 S. 271 oben.

ausdrücklichen Zusicherung anlangt, so kann man unterstellen, daß Beklagter die Verhandlungen durch die Bemerkung eingeleitet hat „er habe eine Sèvres-Vase zu verkaufen". Hierin wäre, auch abgesehen von den obengeschilderten Umständen des Falls und von der Tatsache, daß Kläger vor dem Kaufabschluß die Vase besichtigt hat, eine Zusicherung, daß die Vase eine echte Sèvres-Vase sei, nicht zu erblicken. Vielmehr handelte es sich für den Beklagten zunächst lediglich darum, dem Kläger eine allgemeine Vorstellung davon zu verschaffen, in welchem Genre die demnächst vorzuzeigende Vase gehalten sei. Es ist also in dieser Bemerkung lediglich die Erklärung zu erblicken, daß es sich um eine Vase in der Art der Sèvres-Fabrikate handle. Kl. behauptet nun selbst nicht, daß abgesehen von dieser die Verhandlungen einleitenden Bemerkung des Beklagten: „er habe eine Sévres-Vase zu verkaufen" und abgesehen von der unten zu erörternden Bemerkung bezüglich der Rechnung eine Zusicherung des Bekln., daß die Vase eine Sèvres-Vase sei, stattgefunden habe. Der dem Bekl. zugeschobene Eid „Beklagter habe versichert, die Vase sei eine Sèvres-Vase" bezieht sich also nur auf die die Verhandlungen einleitende Bemerkung des Bekln.: „er habe eine Sèvres-Vase zu verkaufen". Dieser Eid ist daher nach dem Ausgeführten unerheblich.

Auch aus dem Umstand allein, daß in der vorliegenden Quittung der Kaufgegenstand als „Sèvres-Vase" bezeichnet ist, kann eine Zusicherung der Echtheit nicht entnommen werden. Denn bei Ausstellung der Rechnung handelt es sich im Zweifel lediglich darum, das Kaufgeschäft entsprechend dem Bucheintrag durch ungefähre Bezeichnung des Gegenstands zu spezialisieren und von anderen früheren oder späteren Einkäufen des gleichen oder eines andern Kunden zu unterscheiden. Bei dieser Auslegung kann davon abgesehen werden, daß die überwiegende Wahrscheinlichkeit nicht gerade dafür spricht, es habe Beklagter eine Zusicherung von einer solchen Tragweite (sei es nun in Kenntnis von dem hohen

Wert eines echten Sèvres-Stückes, sei es ohne solche Kenntnis auf seine Gefahr hin) abgeben wollen.

Anders läge die Sache dagegen, wenn die Behauptung des Klägers erwiesen wäre, daß er dem Beklagten ausdrücklich erklärt habe, „zu seiner Sicherheit müsse in der Rechnung bestätigt werden, daß die Vase eine Sèvres-Vase sei". Diese Aeußerung könnte nur im Sinne des Verlangens einer Zusicherung der Echtheit verstanden werden. Wenn Beklagter hierauf, ohne zu widersprechen, die Quittung erteilt hat, so läge darin allerdings die Zusicherung der Echtheit. Für den Fall, daß Beklagter die Echtheit der Vase nicht zugesichert hat, kann bei der Sachlage der Kläger mit einer Anfechtung des Kaufgeschäfts wegen Irrtums oder arglistiger Täuschung in Gemäßheit der §§ 119 und 123 BGB. nicht durchdringen. Denn bei den geschilderten Umständen, insbesondere mit Rücksicht darauf, daß der Kaufpreis weit mehr dem sachgemäßen Preis einer Imitation als demjenigen eines echten Stücks nahe kommt, ist in Ermanglung einer Zusicherung der Echtheit anzunehmen, daß Kläger die Vase eben auf seine Gefahr hin gekauft hat, um sich dieselbe für alle Fälle zu sichern, in der Hoffnung für den (von ihm als wahrscheinlich angenommenen) Fall der Echtheit eine außerordentlich günstige Erwerbung zu machen, wobei er die von ihm für fernliegend betrachtete Möglichkeit der Unechtheit eben mit in den Kauf genommen hat[1]).

Urteil des I. Civilsenats vom 4. März 1904 i. S. Löffler gegen Pallu de la Barrière.

29.

Mangel genügender Bestimmtheit einer Darlehenszusage.

Gegenüber der Klage auf Bezahlung des Kaufpreises für einen Bauplatz hat die Bekl. geltend gemacht, der Klä-

1) Zu vgl. Kohler in Iherings Jahrbüchern für Dogmatik Bd. 28, S. 256, insbesondere S. 261, 263 und 266.

ger habe ihr das zum Bauen erforderliche Geld versprochen, und im Weg der Widerklage festzustellen beantragt, daß ihr der Kläger das zugesicherte Darlehen zu gewähren habe. Vereinbart war, die Beklagte solle zunächst anderweitig ein Darlehen gegen erste Hypothek auf dem Grundstück Parz. Nr. 644 aufnehmen, so hoch sie ein solches bekommen könne, und mit dem Geld in erster Linie den restlichen Kaufpreis von 2600 M. und weiterhin die Baukosten soweit möglich bezahlen. Die hiernach zur Bestreitung der Baukosten noch weiter erforderlichen Mittel habe sodann der Kläger der Beklagten dadurch zu verschaffen, daß er ihr gegen Einräumung einer zweiten Hypothek auf dem Grundstück ein zu $4^1/_2$% zu verzinsendes in jährlichen Raten von 500 M. heimzuzahlendes Darlehen nach Errichtung des Fachwerks gewähre. Als voraussichtliche Bausumme will die Beklagte den Betrag von 12 000 M. genannt haben. Auf die Widerklage wurde erkannt: „es wird festgestellt, daß der Kläger, Widerbeklagte schuldig ist, der Beklagten, Widerklägerin zum Zwecke der Erbauung eines zweieinhalbstockigen, aus Fachwerk bestehenden Hauses mit 3 Zimmern auf jedem Stock, einem Laden und einer Werkstatt auf dem Grundstück Parz. Nr. 644, nach Errichtung des Fachwerks gegen Bestellung einer zweiten Hypothek auf dem genannten Grundstück ein zu $4^1/_2$% zu verzinsendes, in jährlichen Raten von 500 M. zurückzahlbares Darlehen bis zu dem Betrag zu gewähren, welcher — nach Verwendung eines gegen erste Hypothek in größtmöglichem Betrage aufzunehmenden Darlehens zur Entrichtung des restlichen Kaufpreises von 2600 M. an den Kläger und zur Bezahlung von Baukosten — noch erforderlich sein wird, um die weiteren Baukosten zu bezahlen."

Aus den

Gründen

des Berufungsurteils:

Das Versprechen der Darlehenshingabe (BGB. § 610) hätte ebenso wie das Versprechen der Bestellung der zweiten

Hypothek (BGB. § 313)[1]) zur obligatorisch bindenden Wirkung der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung oder einer sonstigen Form nicht bedurft, wenn diese Vertragsberedungen nicht zusammen mit dem Grundstückskaufvertrag ein einheitliches Geschäft bilden würden. Der Vertrag ist jedoch in seinem gesamten Umfang, also auch bezüglich des Versprechens der Darlehenshingabe, gemäß § 313 Satz 2 des BGB. durch die nachträgliche Auflassung und Eintragung in das Grundbuch gültig geworden [2]).

Das Fehlen der schriftlichen Beurkundung kann auch nicht etwa aus dem Gesichtspunkt des § 154 Abs. 2 BGB. gegen die bindende Wirkung der Darlehenszusage geltend gemacht werden. Diese Gesetzesbestimmung gibt nur eine Auslegungsregel, welche im Zweifel Anwendung finden soll. Im vorliegenden Fall kann es aber keinem Zweifel unterliegen, daß die Parteien spätestens zur Zeit der Unterzeichnung des Kaufvertrags die vertragsmäßige Bindung herbeigeführt wissen wollten und daß diese Bindung alsbald mit ihrem Eintritt auch die nach dem obigen mit dem Kaufgeschäft unlöslich zusammenhängende Beredung betreffend die Darlehenshingabe mit umfassen sollte. Wenn die Parteien nachträglich das Versprechen der Darlehenshingabe noch schriftlich machen wollten, so handelte es sich nunmehr nur noch um die nachträgliche schriftliche Festlegung einer schon bindend abgeschlossenen Abmachung. Es kommt also bezüglich dieses späteren Vorgangs der Abs. 2 des § 154 BGB. welcher nur für die Verabredung der Beurkundung eines beabsichtigten Vertrags gilt, nicht in Betracht.

Der Haupteinwand, welchen der Kläger gegen die bindende Kraft der Darlehenszusage geltend macht, betrifft nun aber den angeblichen Mangel genügender Bestimmtheit der Darlehenszusage und zwar im einzelnen bezüglich der Höhe der Zinsen, der Höhe des Kapitals, der Zeit der

1) Planck, Komm. zum BGB. § 313 Bem. 1 Abs. 1 Mitte.
2) Planck, Komm. zum BGB. § 313 Bem. 2 Abs. 2.

Hingabe, sowie der Zeit und der Art der Heimzahlung. Kläger vermag nun selbst nicht zu behaupten, daß bei den Vertragsverhandlungen auch nur eine Partei ausdrücklich erklärt hätte, es solle über diese Punkte oder einen derselben vor Abschluß des Vertrags eine bestimmtere Vereinbarung getroffen werden. Es kann also nicht etwa von diesem Gesichtspunkt aus auf Grund des § 154 Abs. 1 BGB. der bindende Abschluß des Darlehensvertrags in Frage gezogen werden. Immerhin kann aber aus dem Mangel der Bestimmtheit einzelner Vertragspunkte unter Umständen der Schluß gezogen werden, daß die Parteien stillschweigend davon ausgegangen seien, es solle vor einer näheren Regelung dieser Punkte eine Vertragsbindung nicht eintreten und es solle insbesondere die nähere Bestimmung nicht etwa erst nachträglich (gemäß § 316 verb. mit § 315 BGB.) erfolgen dürfen. Letzteres wird insbesondere dann als Parteiwillen zu unterstellen sein, wenn durch das Offenlassen einzelner Punkte ein so weiter Spielraum gegeben wäre, daß eine nachträgliche Bestimmung, so sehr sie auch der Billigkeit Rechnung tragen wollte (BGB. § 316 verb. mit § 315 Abs. 1), immer doch nur eine mehr oder minder willkürliche sein müßte. Auch der Umstand wird für die Auslegung des Parteiwillens in Betracht kommen, ob die Vertragschließenden zunächst noch nicht in der Lage waren, einzelne Punkte sofort näher zu bestimmen oder ob sie durch nichts an der alsbaldigen Aufnahme der Einzelbestimmungen in den Vertrag gehindert gewesen sind.

Was nun die einzelnen Punkte anlangt, bezüglich deren die genügende Bestimmtheit der Darlehenszusage vom Kläger vermißt wird, so wird

a) bezüglich der Höhe des Zinsfußes von H. bezeugt, daß damals, als es sich noch darum gehandelt habe, die Beklagte solle das Darlehen von dritter Seite zu erlangen suchen, davon gesprochen wurde, daß dieses Darlehen zu $4^1/_2\%$ zu verzinsen sei. Wenn nun Kläger später selbst sich zur Hingabe dieses Darlehens bereit erklärt hat, so ist auch

ohne besondere weitere Vereinbarung als stillschweigender Vertragswille zu unterstellen, daß auch Kläger das Darlehen zu den gleichen Bedingungen, wie es von dritter Seite in Aussicht genommen war, nämlich zum Zinsfuß von $4^1/_2$ % zu geben gewillt sei. Es bedurfte also einer nochmaligen Beredung bezüglich dieses Punktes überhaupt nicht.

b) Die Höhe des Kapitals ist allerdings aus dem doppelten Gesichtspunkt unbestimmt, daß sie einmal von der Größe des auf die erste Hypothek von dritter Seite zu bekommenden Darlehens und sodann von der noch nicht genau zu bestimmenden Höhe des Bauaufwands abhängt. Allein die in Aussicht zu nehmende Darlehenssumme kann doch nur innerhalb verhältnismäßig enger Grenzen schwanken. Denn nach dem Zeugnis des H. ist unter den Parteien besprochen worden, daß das Haus als Fachwerkbau, $2^1/_2$ stockig mit einem Laden und einer Werkstatt, sowie 3 Zimmern auf dem Stock gebaut werden solle. Auch hat Kläger in der Berufungsinstanz selbst geltend gemacht, daß die Person des mit dem Bau zu betrauenden Maurermeisters schon Anfangs 1903 in Aussicht genommen gewesen sei. Nun werden Bauten der in Frage kommenden Art in ländlichen Gemeinden im allgemeinen gleichförmig und nach gegebenen Mustern ausgeführt. Bei solch gegebenen Verhältnissen lassen sich die Kosten für ein solches nach Ort, Lage, Größe und Art der Ausführung im wesentlichen bestimmtes Bauwerk, wenn auch nicht genau, so doch in annähernder Weise im voraus bemessen. Auch ist annähernd vorauszusehen, wie viel auf ein derartiges Anwesen nach Errichtung des Fachwerks gegen erste Hypothek an Geld aufgenommen werden kann. Bei dieser Sachlage sind bezüglich der Höhe der erforderlich werdenden Kapitalsumme keineswegs solche Ueberraschungen für den Kläger zu befürchten, daß angenommen werden müßte, er hätte sich auf ein so unbestimmtes Geschäft nicht in bindender Weise eingelassen. Auch war das Offenlassen der ziffermäßig genauen Angabe der Darlehenssumme im vorliegenden Falle geradezu geboten, da die Parteien nicht ge-

nau zum voraus wissen konnten, wie hoch sich das auf erste Hypothek zu erlangende Darlehen und wie hoch sich der Bauaufwand belaufen werde. Andererseits hätte sich die Beklagte ohne bindende Darlehenszusage nach dem oben[1]) Ausgeführten vernünftigerweise nicht auf den Kauf des Bauplatzes einlassen können. Es blieb also gar nichts anderes übrig, als die Darlehenszusage alsbald in verbindlicher Weise abzugeben, die Darlehenssumme aber noch innerhalb des gedachten, nicht allzuweiten Rahmens offen zu lassen.

c) Die Zeit der Darlehenshingabe ist dadurch genügend bestimmt, daß letztere zu erfolgen hat, sobald der Bau ohne schuldhaftes Verzögern seitens der Beklagten soweit fortgeschritten sein wird, daß das auf erste Hypothek aufzunehmende Darlehen zur Tilgung der weiteren Baukosten nicht mehr ausreicht. Wenn Beklagte als diesen Zeitpunkt die Errichtung des Fachwerks angibt, so ist diese Bestimmung gemäß § 316 verb. mit § 315 Abs. 1 BGB. nicht zu beanstanden.

d) Die Zeit und Art der Rückzahlung des Darlehens ist dadurch genügend bestimmt, daß nach den Aussagen der Zeugen H. und P. die Heimzahlung in Jahreszielern von 500 M. zu erfolgen hat.

Urteil des I. C.S. vom 19. Februar 1904 i. S. Widmaier g. Hildenbrand.

30.

Haftung eines Gastwirts für Beschädigung eines in seinen Stall eingestellten Pferds.

Hierüber besagen die den Sachverhalt ergebenden

Gründe

eines Berufungsurteils:

Nach § 701 BGB. haftet ein Gastwirt, der gewerbsmäßig Fremde zur Beherbergung aufnimmt, einem im Betrieb dieses Gewerbes, d. h. einem zur Beherbergung aufge-

1) In dem nicht abgedruckten Teil der Gründe.

nommenen Gast für den Verlust oder die Beschädigung eingebrachter Sachen. Es kann nun dahingestellt bleiben, ob der Beklagte ein derartiges Gastwirtgewerbe betreibt. Denn der Kläger war, wie mit dem ersten Richter anzunehmen ist, von dem Beklagten nicht zur Beherbergung aufgenommen.

Der Kläger hat, als er am Samstag den 18. April 1903 auf den Markt nach R. fuhr, bei dem Beklagten „eingestellt", d. h. er hat sein Pferd in dessen Stall aufnehmen lassen und seinen Wagen in dem Anwesen des Beklagten oder in der Nähe desselben untergebracht. Er hat sodann in der Wirtschaft des Beklagten eine Erfrischung zu sich genommen und darauf die Wirtschaft verlassen, um seinen Geschäften nachzugehen. Es war in Aussicht genommen, daß er an dem gleichen Tag heimfahren werde. Bei regelmäßigem Verlauf wäre er wohl erst nach Beendigung der Geschäfte zu dem Beklagten zurückgekehrt und hätte dann nochmals bis zur Abfahrt bei ihm Einkehr gehalten.

Hienach stand er nun in der Zeit seiner Abwesenheit mit dem Beklagten in keinem die Unterkunft seiner Person betreffenden Vertragsverhältnis. Wenn der Kläger sagt, er habe sein Stand- und Absteigequartier bei dem Beklagten gehabt, so mag dies in gewisser Hinsicht tatsächlich zutreffen. Rechtliche Beziehungen gehen aber hieraus nicht ohne weiteres hervor. Es mag auch sein, daß der Kläger, wie er vorbringt, die Räumlichkeiten des Beklagten nicht bloß benützt, um dort eine Erfrischung einzunehmen, sondern auch um sich von den Marktgeschäften auszuruhen und sich bis zur Abfahrt dort aufzuhalten. Es ist aber häufig ein Neben- oder Hauptzweck eines bei einem Speisewirt einkehrenden Gastes, sich eine Ausruhgelegenheit oder eine vorübergehende Unterkunft zu verschaffen. Von Einfluß auf den Vertragsinhalt ist ein solcher Beweggrund nicht. Vertragsinhalt ist auch dann die entgeltliche Abgabe von Speisen und Getränken zum Verzehren in dem von dem Wirt zur Verfügung gestellten Raum. Selbst wenn der Beklagte dem Kläger gestattet hätte, sich, ohne etwas zu verzehren, in seinen

Wirtſchaftsräumen aufzuhalten, ſo wäre dies ein freiwilliges Entgegenkommen des Beklagten geweſen und nicht der Ausfluß eines vertragsmäßigen Rechts des Klägers. Herbergsgaſt des Beklagten war der Kläger nicht, da dies vorausſetzt, daß die Gewährung von Unterkunft den weſentlichen Gegenſtand des Vertrags ausmacht. Zwiſchen den Parteien wurde nur dadurch, daß der Kläger bei dem Beklagten perſönliche Einkehr nahm, das gewöhnliche Vertragsverhältnis des Speiſewirts und Wirtsgaſts begründet und weiter beſtand zwiſchen ihnen ein Vertrag in betreff der Unterbringung von Pferd und Wagen, wobei für den Beklagten als Stallhalter die ſtrenge Haftung des § 701 BGB. nicht gilt. Es kann demnach der Anſpruch des Klägers auf dieſe Geſetzesbeſtimmung nicht geſtützt werden.

Der Vertrag über die Unterbringung von Pferd und Wagen war ein entgeltlicher. Das „Trinkgeld", das der Hausknecht des Beklagten erhielt, war keine freiwillige Leiſtung, es war vielmehr die Vergütung, welche die vertragsmäßige Gegenleiſtung des Klägers bildete und welche der Beklagte ſeinem Angeſtellten als Teil ſeines Lohns überließ.

Es iſt nun bei den nicht ganz aufgeklärten tatſächlichen Verhältniſſen nicht ausgeſchloſſen, daß der Beklagte dem Kläger lediglich den Raum, ſeine Sachen unterzubringen, zur Verfügung ſtellte; es iſt aber auch möglich, daß er zugleich für den abweſenden Kläger eine den gegebenen Verhältniſſen entſprechende Obhut und Fürſorge für Pferd und Wagen übernahm. Im erſteren Fall handelt es ſich um Sachmiete, im letzteren um einen Verwahrungsvertrag im Sinne der §§ 688 ff. BGB. oder einen Vertrag ähnlicher Art, der unter keines der im 7. Abſchnitt des 2. Buchs des BGB. geordneten Schuldverhältniſſe einzureihen iſt. Im einen Fall hat der Kläger zur Begründung eines auf den Vertrag geſtützten Anſpruchs zu beweiſen, daß das Pferd durch vertragswidriges Verhalten des Beklagten oder eines ſeiner Angeſtellten verletzt worden iſt. Im andern Fall hatte der Beklagte die vertragsmäßige Verpflichtung, dem Kläger die

für ihn bewahrten Sachen zurückzugeben, und er hat, da er zur unversehrten Rückgabe seines Pferds außer stande war, zu beweisen, daß ihn hieran keine Schuld trifft.

Der Kläger erblickt ein fahrlässiges Verhalten des Beklagten und seiner Angestellten darin, daß in dem Stall keine Aufsicht war und daß zwischen den Pferden keine Schranken oder Zwischenstangen angebracht waren. Diese Umstände beziehen sich nun nicht auf Vertragspflichten, welche durch eine Sachmiete begründet wurden; bei dieser Annahme fehlt es sonach von vornherein an der Behauptung eines vertragswidrigen Verhaltens.

Aber auch wenn man von dem Abschluß eines Bewahrungsvertrags ausgeht, sind die angeführten Tatsachen nicht von Erheblichkeit.

Zunächst wird ohne weiteres gesagt werden können, daß bei den obwaltenden Verhältnissen darin, daß der Beklagte nicht eine beständige Aufsicht im Stall führen ließ, ein Außerachtlassen der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt nicht zu finden ist. Aber selbst wenn dies und das Weglassen der Zwischenstangen an sich eine Fahrlässigkeit enthalten würde, würde der Beklagte nicht für einen hiedurch verursachten Schaden zu haften haben. Der Kläger hat selber vorgebracht, er habe gewußt, daß in dem Stall die Pferde ohne Zwischenstangen nebeneinander gestellt werden und daß keine besondere Stallwache da ist. Wenn er nun sein Pferd in den Stall aufnehmen ließ, ohne etwas Besonderes zu verlangen, so ist der Inhalt eines Aufnahmevertrags eben der gewesen, daß der Beklagte das Pferd so, wie es bei ihm üblich ist und regelmäßig geschieht, unterbringt. Dieser Vertragspflicht ist der Beklagte nachgekommen und er hat nicht zu haften, wenn aus der dem Willen der Parteien entsprechenden Vertragserfüllung ein Schaden entsteht. War die vertragsmäßige Art der Unterbringung des Pferds je, objektiv betrachtet, eine fahrlässige, so haben die Parteien nach dem Inhalt des Vertrags vereinbart, daß der Beklagte dies gegenüber dem Kläger nicht zu vertreten habe.

Es ist außer Streit, daß das Pferd des Klägers seine Verletzung erhalten hat, während es im Stalle des Beklagten stand. Zugegen war, wie es scheint, niemand. Daß es sich die Verletzung selber beigebracht habe, ist kaum anzunehmen. Wahrscheinlich ist, daß es, wie der Kläger selber behauptet, von einem neben ihm stehenden Pferd geschlagen worden ist. Es ist nun nicht geltend gemacht und nicht ersichtlich, daß — abgesehen von den besprochenen Umständen — sonst eine Fahrlässigkeit des Beklagten oder seiner Angestellten als Ursache des Unfalls in Betracht käme, und es liegt daher dem Beklagten auch kein weiterer Beweis ob. Etwas anderes wäre es, wenn in Frage käme, ob das danebenstehende Pferd ein Schläger gewesen sei und der Beklagte oder sein Hausknecht hievon Kenntnis gehabt habe. Ein solcher besonderer Umstand hätte aber vorgebracht werden müssen, wenn der Beklagte veranlaßt werden sollte, seinen Entschuldigungsbeweis auch hierauf auszudehnen.

Es ist daher, das Vorliegen eines Bewahrungsvertrags angenommen, der dann dem Beklagten obliegende Beweis als erbracht anzusehen, daß ein von dem Beklagten zu vertretendes Verschulden nicht vorgekommen ist.

Auf die §§ 823, 831 BGB. kann der Kläger seinen Anspruch nicht stützen. Außerhalb des Vertragsverhältnisses ist von einem schuldhaften und widerrechtlichen Verhalten des Beklagten oder seiner Angestellten nicht die Rede, da sie keine allgemeinen Rechtspflichten versäumt haben, durch deren Einhaltung der Unfall verhindert worden wäre. Auf die Verletzung von Vertragspflichten aber finden die Vorschriften des BGB. über unerlaubte Handlungen, §§ 823 ff., keine Anwendung. Zudem hat der Beklagte nach dem Ausgeführten keine Vertragspflicht verletzt und wäre ein an sich fahrlässiges Verhalten, wenn ein solches etwa in dem Weglassen von Zwischenstangen zu finden wäre, weil dem Vertrag entsprechend, nicht widerrechtlich.

Der Kläger hat sich endlich auf § 834 BGB. berufen, indem er geltend macht, das Pferd des Klägers sei von dem

danebenstehenden Pferd geschlagen worden und der Beklagte habe durch den mit dem Besitzer dieses Tiers abgeschlossenen Verwahrungsvertrag die Führung der Aufsicht über dasselbe übernommen. Es kann dahingestellt bleiben, ob ein derartiger Vertrag abgeschlossen war und ob der Beweis, daß das Pferd des Klägers durch ein anderes Pferd verletzt wurde, zu erbringen wäre. Nach dem Angeführten geht der Inhalt des zwischen den Parteien abgeschlossenen Vertrags, sofern er überhaupt als Vertrag, das Tier zu bewahren, aufzufassen ist, dahin, daß der Beklagte dem Kläger für einen Schaden, der durch das Fehlen von Zwischenstangen und dem Mangel einer besonderen Aufsicht im Stall entsteht, nicht zu haften hat. Hierunter fällt nun auch ein Schaden, der durch ein fremdes Tier zugefügt wurde, sofern die Ursache hievon das Weglassen einer Zwischenstange und das Fehlen einer Aufsicht war. Insoweit ist also durch den Vertrag zwischen den Parteien auch eine Haftung des Beklagten gemäß § 834 BGB. ausgeschlossen worden und es sind diese Umstände bei der Prüfung, ob der Beklagte bei der Führung der Aufsicht die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet hat, nicht in Betracht zu ziehen. Im übrigen ist aber, wie bereits erwähnt, davon auszugehen, daß der Beklagte diese Sorgfalt bewahrt hat. Es ist also eine Verantwortlichkeit des Beklagten nach § 834 BGB. nicht eingetreten.

Urteil des II. C.S. vom 28. März 1904 i. S. Bernhard g. Röfch.

31.

1) Haftung eines Stallwirts für Beschädigung eines bei ihm eingestellten Tiers.

2) Zur Auslegung des § 255 BGB.

Am 17. März 1902 ist ein Pferd des Klägers verendet, nachdem es am 13. Februar 1902 in Heilbronn eine Verwundung am rechten Hinterfuß erhalten hat. Der Kläger macht geltend, die Verwundung des Pferds sei die Ursache

seines Todes gewesen, und die Verwundung habe es gelegentlich Einstellens in dem Gaststall des Beklagten erhalten infolge fahrlässigen Verhaltens des damaligen Hausknechts des Beklagten, Chr. W., für das auch der Beklagte St. als Dienstherr hafte. Das Pferd war von K. B., der es am fraglichen Tag vom Kläger entlehnt hatte, beim Beklagten eingestellt worden. Der Beklagte ist vom Landgericht für schuldig erklärt worden, dem Kläger gegen Abtretung der diesem aus einem Versicherungsvertrag in betreff des fraglichen Pferds gegen eine Versicherungsanstalt zustehenden Ansprüche den durch die Verwundung des Pferds erwachsenen Schaden zu ersetzen. Auf Berufung beider Teile ist die Entschädigungspflicht des Beklagten auch vom Berufungsgericht bejaht, die Verpflichtung des Klägers zur Abtretung der Ansprüche gegen die Versicherungsanstalt dagegen verneint worden.

Gründe:

Der Wirt, welcher den bei ihm verkehrenden Gästen einen Stall für ihre Pferde und einen Knecht für die mit dem Einstellen verbundenen Geschäfte (insbes. auch für das Einspannen bei der Abreise) zur Verfügung stellt, übernimmt damit gegenüber den Gästen die Verbindlichkeit, ihnen die genannten Dienste zu leisten oder leisten zu lassen. Verlangt der Wirt hiefür auch kein besonderes Entgelt (Stallgeld), so entsteht ihm der erstrebte Gewinn durch den Besuch der Wirtschaft und die damit sich ergebende Zeche. Es handelt sich also nicht um unentgeltlich übernommene Leistungen (insbes. nicht um einen Leihvertrag oder Verwahrungsvertrag) und der Wirt hat bei Vollzug des Vertrags Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten. Von seiner Haftung könnte der Wirt sich durch Aushängen eines Plakats nicht ohne weiteres befreien; im übrigen bezog sich das von dem Beklagten ausgehängte Plakat auf die Beschädigung eingebrachter Sachen im Stall (bezw. deren Verlust) nicht aber auf die Beschädigung außerhalb des Stalles. Bei dem von dem Knecht W. besorgten Herausführen des Pferdes zum Zweck des Ein-

spannens handelte es sich also um die Erfüllung einer dem Beklagten obliegenden Verbindlichkeit unter Haftung des letzteren für Fahrlässigkeit des Knechtes.

Die durch § 278 d. BGB. begründete Haftung des Schuldners entsteht allerdings nur im Verhältnis zu demjenigen, gegenüber welchem die Verbindlichkeit zu erfüllen ist[1]). Dies war aber im vorliegenden Fall der Kläger bezüglich der Aufnahme des ihm gehörigen Pferdes. — Aus der Zeugenangabe des Chr. W. ergibt sich, daß der Kläger sein Pferd oft bei dem Beklagten eingestellt hatte, dieser kannte also das Pferd des Klägers und wußte, daß K. B., welcher die Landwirtschaft nicht auf eigene Rechnung betreibt, die Pferde, welche er bei sich hatte, in Vertretung anderer zu dem Beklagten bringe. Es ergab sich also aus den Umständen (§ 164 Abs. 1 Satz 2 d. BGB.), daß das Vertragsverhältnis mit dem Beklagten betreffend die Aufnahme der Pferde mit unmittelbarer Wirkung für und gegen die Eigentümer zustande kam, auch wenn K. B. sich nicht ausdrücklich als Vertreter dieser Eigentümer bei dem Beklagten eingeführt hätte.

Hätte bei der Verletzung des Pferdes ein Verschulden des K. B. mitgewirkt, so hätte der Beklagte solches gemäß BGB. § 254 letzter Satz dem Kläger ebenso entgegenhalten können, wie wenn der Kläger selbst mit seinem Pferd zu dem Beklagten gekommen wäre. Der Beklagte hat aber den ihm obliegenden Beweis für ein solches Verschulden nicht erbracht. (Dies wird näher ausgeführt und sodann fortgefahren:) Die Anschlußberufung erscheint gerechtfertigt bezüglich der dem Kläger durch das angefochtene Urteil auferlegten Rechtsabtretung. Denn die Ansprüche gegen die Versicherungsgesellschaft stehen dem Kläger nicht „auf Grund des Eigentums an der Sache" (BGB. § 255) zu[2]). — Von dem Beklagten ist auch nicht dargetan, daß der Kläger durch

1) Vgl. Rehbein, Komm. II S. 107, RGE. vom 26. September 1903 DJZ. S. 549, OLG 5. S. 375.

2) Vgl. RGE. vom 3. Mai 1902; JW. 1902 Beil. S. 245 = sächs. A. 12 S. 723.

den Untergang des Pferdes eine Forderung gegen die Versicherungsgesellschaft erworben hätte, so daß er bei Zahlung der von dem Beklagten zu erlegenden Summe bereichert wäre. Denn der Versicherungsanspruch des Klägers beruht nicht auf dem Untergang des Pferdes, sondern auf dem von ihm mit der Versicherungsgesellschaft abgeschlossenen Vertrag als einem gewagten Rechtsgeschäft [1]).

Urteil des II. Civilsenats vom 26. Mai 1904 i. S. Kögel g. Stolz.

32.

„Beschränkung" des Kündigungsrechts im Sinn des § 273 Abs. 3 HGB.

Die Parteien hatten sich durch schriftlichen Vertrag vereinigt, auf 1. April des betr. Jahrs eine Silberwarenfabrik zu gründen. In dem Vertrag war sodann gesagt: „Sollte bei dem einen oder andern während dieser Zeit resp. bis zu Beginn des Geschäfts eine Reue eintreten, so hat derselbe eine Konventionalstrafe von 500 M. an den das Geschäft Übernehmenden zu bezahlen. Sollte wider Erwarten das Geschäft im Zeitraum von einem Jahr nicht florieren, so kann eventuell das Geschäft aufgelöst werden." Bekl. ist vor dem 1. April vom Vertrag zurückgetreten, Kl. hat darauf Klage auf Bezahlung der 500 M. Reugeld erhoben. Die Klage wurde abgewiesen.

Aus den

Gründen

des Berufungsurteils:

Eine Gesellschaft ist für bestimmte Zeit eingegangen, „wenn ihre Dauer durch Festsetzung einer gewissen Zeit oder in anderer Weise, z. B. durch Abschluß zum Zweck der Vornahme bestimmter Geschäfte eingegangen ist" [1]). Nach dem

1) Vgl. RGE. vom 29. September 1899 bei SeuffA. Band 55 S. 154; auch RG. Bd. 10 S. 50.

2) Mot. z. Entw. BGB. Bd. II S. 618; Dernburg, BR. Bd. 2 Abt. 2 § 363 III 1.

Wortlaut des Vertrags war den Kontrahenten ein bis zum 1. April auszuübendes Reurecht gewährt; nach der mit unbenütztem Ablauf dieser Frist eingetretenen Unbedingtheit des Verhältnisses hätte, falls „das Geschäft im Zeitraum von einem Jahr nicht florieren sollte", dasselbe eventuell aufgelöst werden können, für den Fall aber, daß es „rentabel werden sollte", „jeder das Versprechen geben sollen, miteinander weiter zu arbeiten". Hiernach war die Dauer der gegründeten Gesellschaft völlig abhängig gemacht von dem Erfolg des Gesellschaftsunternehmens, also völlig ungewiß. Dem Vertrag mag zwar entnommen werden können, daß der Geschäftsbetrieb mindestens ein Jahr dauern solle; allein eine Gesellschaft, bezüglich welcher der Gründungsvertrag ungewiß läßt, ob sie ein Jahr oder länger dauern solle, und deren Endpunkt völlig unsicher ist, kann nicht als für bestimmte Zeit eingegangen betrachtet werden; es liegt eine auf unbestimmte Zeit geschlossene, nur etwa während des ersten Jahres nicht kündbare Gesellschaft vor. Eine andere Auffassung müßte zu dem unhaltbaren Ergebnis führen, daß die Gesellschaft zugleich — nämlich bezüglich des ersten Jahres — für bestimmte Zeit und — bezüglich der ferneren Zukunft — für unbestimmte Zeit gegründet sei. Es trifft insbesondere der Fall des § 724 Satz 2 BGB. nicht zu.

Dem Bekl. stand also zur Zeit seines Rücktritts ein unbeschränktes und unbeschränkbares Kündigungsrecht zu. Dasselbe ist aber durch die Verabredung einer im Falle des Rücktritts zu zahlenden „Konventionalstrafe" beschränkt worden, weil an die Ausübung des Rücktrittsrechts ein Vermögensnachteil geknüpft ist, welcher den allerdings auch hier (für eine gewisse Zeit) an sich in die Willkür des Bekl. gestellten Gebrauch des Rücktrittsrechts zu hindern geeignet war [1]). Hieraus folgt, daß die Reugeldabrede nach § 723 BGB. nichtig ist.

Urteil des II. Civilsenats vom 4. Februar 1904 i. S. Banmhauer g. Zimmermann.

1) Vgl. Planck, BGB. Anm. 2 zu § 619; Anm. 2 zu § 1136.

33.

Zur Auslegung des § 836 BGB.

Der Maurer J. H. ist dadurch am Körper verletzt worden, daß ein Torflügel eines Friedhoftors in Eßlingen, als er ihn zumachen wollte, um- und auf ihn fiel. Der Grund dieses Umfallens war, daß der dem gußeisernen Säulenpfosten nächste, gleichfalls gußeiserne Gitterstab („Drehpfosten") etwas ober- und unterhalb der Stelle, an der er in dem einzigen im Säulenpfosten befestigten Torband lief, gebrochen war, ohne daß dies bemerkt worden war.

Aus den

Gründen

des Berufungsurteils, das nach dem Klagantrag erkannt hat:

Die Verletzung des J. H., die zweifellos vorliegt, ist durch Ablösung von Teilen des Tores erfolgt nicht bloß, wenn ohne alle Mitwirkung von Menschenkraft durch Naturkräfte (Witterung, Schwergewicht) die Loslösung bewirkt worden ist, vielmehr wird in den meisten Fällen der Ablösung von Teilen im Sinn des § 836 BGB. menschliche Tätigkeit, namentlich Erschütterung durch den Verkehr mitwirken. Es kommt vielmehr darauf an, daß die Loslösung vorwiegend und zunächst nicht als Ergebnis einer menschlichen, zumal einer schuldhaften Tätigkeit erscheint, so daß man nach der Anschauung des Lebens den Vorgang nicht als Abreißen, Loslösen eines Teils durch einen Menschen bezeichnet. Die Trennung der Bestandteile muß vorwiegend und zunächst in der Beschaffenheit des Werkes selbst begründet sein, so daß die Anschauung des Lebens ein „sich Ablösen" von Teilen des Werkes annimmt, womit ein nebenhergehendes Eingreifen menschlicher Tätigkeit, namentlich der Benützung im Verkehr, wie hier das Auf- und Zumachen des Tores wohl vereinbar ist, ohne den Begriff der Ablösung von Teilen im Sinn des § 836 BGB. auszuschließen.

Urteil des I. C.S. vom 4. Dezember 1903 i. S. Württ. Baugewerksberufsgenossenschaft gegen Stadtgemeinde Eßlingen.

34.

Inwiefern kann eine Vereinbarung, wodurch ein Mitglied eines eine juristische Person darstellenden Vereins seine Mitgliedsrechte an einen Dritten abtritt, nach Maßgabe der Konkursordnung oder des Anfechtungsgesetzes anfechtbar sein?

Der Metzgermeister K. F., über dessen Vermögen am 5. Oktober 1901 das Konkursverfahren eröffnet worden ist, war Mitglied des „Schlachthausvereins" in St., der — mit juristischer Persönlichkeit ausgestattet — seit 1864 besteht. Nach den Statuten dieses Vereins ist (§ 1) der Betrieb des neuen Schlachthauses der bleibende Zweck des Vereins, zu dessen Vermögen, — als dem einer juristischen Person — alle in seinem Besitz befindlichen, sowie die nach Umständen noch weiter zu erwerbenden Liegenschaften und Mobilien gehören (§ 2); „Mitglied des Vereins kann jeder werden, der im Stadtdirektionsbezirk St. das Metzgergewerbe treibt —" (§ 5). Nach § 6 haben neu eintretende Mitglieder ein Eintrittsgeld von — zur Zeit — 5000 M. zu bezahlen; befreit hievon ist u. a., wer an Stelle eines ausgetretenen Vaters eintritt. Der Verein löst sich — von dem Fall abgesehen, daß nur noch 12 Mitglieder vorhanden sind — „durch Beschluß der Generalversammlung und mit Genehmigung der K. Staatsregierung" auf; diesfalls hat eine Liquidation nach Vorschrift des Gesetzes stattzufinden; die Generalversammlung, welche die Auflösung beschließt, hat mit Genehmigung der K. Staatsregierung auch über den nach Durchführung der Liquidation verbleibenden Vermögensüberschuß zu verfügen (§ 23); „in allen Fällen der Auflösung des Vereins hat die Stadtgemeinde das Recht, gegen Uebernahme sämtlicher Verbindlichkeiten des Vereins das ganze Anwesen desselben mit dessen sonstigem Vermögen zu erwerben" (§ 24).

Mit Urkunde vom 25. September 1901 hat K. F. „seine Mitgliedsrechte an den Schlachthausverein St. mit allen Rechten und Klagen an seinen Sohn", den Beklagten, mit

Wirkung vom 20. September an abgetreten und der Vorstand des Vereins hat am 18. Oktober 1901 „diese Uebertragung genehmigt".

Diese Abtretung hat die Konkursmasse auf Grund des § 32 Ziff. 1, in zweiter Linie des § 31 Ziff. 2 KO. angefochten, indem sie beantragte, zu erkennen: Beklagter sei schuldig, die ihm abgetretenen Rechte als Mitglied des Schlachthausvereins an die Konkursmasse zurückzugewähren, und demgemäß dem Schlachthausverein zu erklären, daß er auf diese Rechte zu Gunsten der Konkursmasse verzichte, in zweiter Linie: Beklagter sei schuldig, diese Rechte, jedenfalls aber den darin enthaltenen Anspruch auf den im Fall der Liquidation des Schlachthausvereins zuständigen Anteil an dem Vereinsvermögen zurückzugewähren oder — in dritter Linie — an die Masse 4000 M. zu bezahlen.

Die Klage ist abgewiesen worden.

Aus den

Gründen

des Berufungsurteils:

Was die Anfechtbarkeit dieser Vereinbarung zwischen K. und A. F. anlangt, so ist zunächst zweifellos, daß Klägerin nicht allgemein Zurückgewähr der dem Beklagten als Mitglied des Schlachthausvereins zustehenden Rechte verlangen kann. Nur das kann zur Konkursmasse mittels Anfechtung einer Rechtshandlung zurückgefordert werden, was ohne die Rechtshandlung einen Bestandteil der Konkursmasse gebildet hätte. Die Mitgliedschaft des K. F. am Schlachthausverein hätte aber einen solchen Bestandteil nicht gebildet; die Konkursmasse oder der Konkursverwalter oder die Gesamtheit der Konkursgläubiger hätte ohne Frage nicht Mitglied des Schlachthausvereins sein können, aber auch eine Veräußerung der Mitgliedsrechte des K. F. in der Weise, daß der Erwerber (etwa ein St.er Metzger) an Stelle des Gemeinschuldners Mitglied des Schlachthausvereins geworden wäre, ohne ein Eintrittsgeld zahlen zu müssen, wäre nicht möglich

gewesen, wie aus dem oben[1]) Gesagten sich ergibt. K. F. hätte auch nach Ausbruch des Konkurses über sein Vermögen aus dem Schlachthausverein austreten können, ohne daß ihn jemand im Interesse der Konkursgläubiger daran hätte hindern können.

Nun wäre es aber allerdings denkbar, daß die Mitgliedschaft am Schlachthausverein Ansprüche an das Vereinsvermögen in sich schlösse, die für die Konkursmasse verwertbar wären, und daß deshalb eine Rechtshandlung des Gemeinschuldners der Anfechtung unterliegen könnte, wodurch er den Eintritt eines andern an seiner Stelle in diese Rechte bewirkte. Aber in Wirklichkeit ist dem nicht so.

Mit Recht geht die Berufungsbegründung selbst davon aus, daß die Mitglieder des Schlachthausvereins einen Anspruch auf einen Anteil an dem Vereinsvermögen auch für d e n Fall nicht haben, daß es zu einer Auflösung des Vereins kommt. Ueber das im Eigentum des Vereins, einer juristischen Person, stehende Vereinsvermögen hat nach der Satzung im Fall der Auflösung des Vereins die Generalversammlung mit Genehmigung der K. Staatsregierung zu beschließen und wie dieser Beschluß ausfallen wird, ob der Vermögensüberschuß — ganz oder auch nur zum Teil — an die Vereinsmitglieder verteilt wird, inwieweit dabei etwa Erben oder Einzelrechtsnachfolger gestorbener oder ausgeschiedener Mitglieder berücksichtigt werden, ist ungewiß, wie Klägerin selbst zugibt. Wenn der Verein ein „Grundbuch" führt, worin (angeblich) die Veräußerungen, Vererbungen und Verpfändungen von Mitgliedsrechten eingetragen sind, so folgt daraus nur, daß die beteiligten Vereinsorgane in Aussicht nehmen, bei Auflösung der Gesellschaft könne eine Berücksichtigung der Erben, Einzelrechtsnachfolger und Pfandgläu-

1) In dem nicht abgedruckten Teil der Gründe, wo ausgeführt ist, die zwischen dem Bekl. und seinem Vater vereinbarte „Abtretung der Mitgliedsrechte" bedeute nur eine Vereinbarung, wonach der Vater aus dem Schlachthausverein habe austreten und an seiner Stelle gemäß § 6 der Satzungen der Sohn habe eintreten sollen. Anm. d. Red.

biger der Mitglieder in Frage kommen; aber von einem Anspruch solcher Personen auf einen Anteil am Vereinsvermögen kann selbstverständlich keine Rede sein, da ja — wie schon hervorgehoben und außer Streit ist — die Mitglieder selbst einen solchen Anspruch (im Fall der Auflösung des Vereins) nicht haben. Wenn von sog. „passiven Mitgliedern" des Schlachthausvereins die Rede ist, so sind darunter augenscheinlich eben solche Rechtsnachfolger u. s. w. von Mitgliedern zu verstehen, die unter Umständen bei einer etwaigen Verteilung des Vereinsvermögens gleich den Mitgliedern berücksichtigt werden. Die angeblich dem K. Ministerium des Innern anläßlich der Erhöhung des Eintrittsgelds erteilte „Zusicherung", daß den dieses hohe Eintrittsgeld bezahlenden Mitgliedern oder deren Erben „seiner Zeit aus der Liquidationsmasse wieder ein Teil des Eintrittsgelds zufließen werde", stellte in ihrer Unbestimmtheit offenbar kein bindendes Versprechen, sondern eben eine rechtlich unverbindliche Zusage dar (wie denn auch Klägerin nicht behauptet hat und allem nach nicht behaupten konnte, daß in dieser Richtung ein Beschluß der Generalversammlung, des hiefür allein zuständigen Vereinsorgans, vorliege); jedenfalls bezieht sich diese Zusage nicht auf diejenigen Vereinsmitglieder oder deren Rechtsnachfolger, die es — wie K. F. — ohne Bezahlung eines Eintrittsgelds von 5000 M. geworden sind.

Für die Vereinsmitglieder besteht sonach lediglich eine Aussicht (Hoffnung „spes") darauf, daß sie im Fall der Auflösung des Schlachthausvereins einen Anteil an dem dann vorhandenen Vermögensüberschuß erhalten. Das gibt Klägerin selbst zu. Es mag nun wohl sein, daß in den beteiligten Kreisen die Ueberzeugung besteht, eine solche Verteilung des Vereinsvermögens werde gegebenen Falls eintreten und daß demgemäß bezüglich der allenfallsigen künftigen Ansprüche von Vereinsmitgliedern an das Vereinsvermögen schon bisher Rechtsgeschäfte abgeschlossen und sonstige Verfügungen getroffen worden sind; diesfalls liegen sog. Hoff-

nungskäufe und ähnliche Rechtsgeschäfte vor; es mag sogar sein, daß sich — wie Klägerin behauptet — für die sog. Schlachthausanteile ein Verkehrswert herausgebildet hat. Das ändert an der Tatsache nichts, daß es sich dabei um Veräußerung u. s. w. nicht von Rechten oder Ansprüchen, sondern von bloßen Aussichten, Chancen, Hoffnungen handelt.

Hienach mag ein solcher „Schlachthausanteil" d. h. die Aussicht, als Mitglied des Schlachthausvereins bei dessen Auflösung einen Anspruch auf einen Anteil am Vereinsvermögen zu erlangen, einen Vermögenswert darstellen. Aber einen der Zwangsvollstreckung unterliegenden Vermögensbestandteil und damit einen Bestandteil der Konkursmasse (vgl. § 1 KO.) eines Vereinsmitglieds bildet ein solcher Schlachthausanteil nicht. Welche Vermögensteile der Zwangsvollstreckung unterliegen, ist aus der CPO. zu entnehmen[1]). Nach der CPO. findet Zwangsvollstreckung (von dem nicht in Betracht kommenden unbeweglichen Vermögen abgesehen) statt in körperliche Sachen, Forderungen und andere Vermögensrechte. Die erwähnte Aussicht ist nun ohne Frage keine körperliche Sache und keine Forderung; sie ist aber auch kein „anderes Vermögensrecht" (§ 857 CPO.), weil sie überhaupt kein Recht ist[2]): ein ähnlicher Fall liegt auf seiten dessen vor, zu dessen Gunsten jemand sein Leben versichert hat: bis zum Tod dieses letzteren erwächst (im Zweifel — gemäß § 331 BGB.) ersterem „nur eine Hoffnung auf die Erlangung der Versicherungssumme, kein bedingtes Recht"[3]).

Hienach stellen sich die sämtlichen Klaganträge als un-

1) Vgl. z. B. Jäger, Komm. zur KO. 2. Aufl. Anm. 18 zu § 1.

2) Vgl. Gaupp-Stein, Komm. zur CPO 4. Aufl. Anm. I zu § 857 (die Anwendung dieses § setze voraus, „3, daß das Recht bereits zum Vermögen des Schuldners gehört, nicht bloß die Hoffnung künftigen Erwerbs vorliegt, wie bei der Anwartschaft auf eine künftige Erbschaft.") SeuffA. 40 Nr. 298.

3) RG. 51 Nr. 92 S. 404 und die dort Angeführten. RG. bei SeuffA. 47 Nr. 225; WürttZ. 4 S. 366 ff.; Crome, System Bd. 2 § 180 bei und in Note 16 vgl. mit Bd. 1 § 33, § 24 Ziff. 2 b

begründet dar. Denn eine Anfechtung der sog. Abtretung der Mitgliedsrechte des K. F. an den Beklagten ist nach dem Ausgeführten nicht möglich, weil dadurch der Konkursmasse kein Bestandteil des Vermögens des Gemeinschuldners entzogen worden ist, der ihr ohne die Abtretung zugefallen wäre, auch vom Ersatz des Werts des auf den Beklagten übergegangenen sog. Schlachthausanteils kann selbstverständlich keine Rede sein, wenn — wie ausgeführt — dieser Schlachthausanteil nicht zu dem der Zwangsvollstreckung unterliegenden Vermögen des Gemeinschuldners gehörte.

Urteil des I. Civilsenats vom 13. Novbr. 1903 i. S. Fischersche Konkursmasse gegen Fischer.

35.

1) **Verhältnis des § 337 Abs. 2 zu § 336 HGB.**
2) **Eine Einlage ist nicht bloß dann „rückständig" i. S. des § 337 Abs. 2 HGB., wenn sie schon fällig ist.**

In den

Gründen

eines Berufungsurteils ist gesagt:

Die Bestimmung darüber, ob und zu welchem Anteil der stille Gesellschafter den Verlust des Geschäftes, an dem er sich mit einer Einlage beteiligt hat, mit zu tragen habe, ist nach § 336 HGB. freier Vereinbarung überlassen. Unabhängig hievon ist in § 337 Abs. 2 HGB. weiter bestimmt, daß der stille Gesellschafter an dem Verluste nur bis zum Betrage seiner eingezahlten oder rückständigen Einlage teilnimmt. Diese beiden Bestimmungen schließen sich nicht, wie der Beklagte meint, gegenseitig aus, vielmehr stellt § 337 eine selbständig neben § 336 geltende Beschränkung auf: auch wenn im Gesellschaftsvertrage, wie § 336 Abs. 1 voraussetzt, vereinbart ist, daß der stille Gesellschafter einen Bruchteil des Verlustes zu tragen habe, hat er für diesen Verlustanteil nicht unbeschränkt, sondern gemäß § 337 keinesfalls über die Höhe seiner Einlage hinaus aufzukommen. Im vorliegenden Falle nun ist durch den § 3 des Gesell-

schaftsvertrages lediglich eine Bestimmung des Gewinn- und Verlustanteils des Klägers im Sinne des § 336 Abs. 1 HGB. getroffen, eine weitergehende Bedeutung ist dieser Vertragsbestimmung nicht beizulegen, insbesondere ist nicht zutreffend, daß dadurch, wie der Beklagte geltend macht, ohne weiteres die in § 337 Abs. 2 vorgesehene Beschränkung der Haftung des Klägers auf den Betrag seiner Einlage aufgehoben sei. Es kann deshalb unerörtert bleiben, ob eine vertragsmäßige Aufhebung dieser Beschränkung nicht überhaupt mit dem Wesen der stillen Gesellschaft unvereinbar ist[1]).

Daß der von ihm einbezahlte Betrag seiner Einlage durch den Geschäftsverlust aufgezehrt ist, hat der Kläger dadurch tatsächlich anerkannt, daß er den Anspruch auf Rückzahlung dieser 1032 M. 45 Pf. fallen gelassen hat. Streit ist nur darüber, ob auch der noch ausstehende Teil der Einlage verloren ist.

Was nun zunächst die Frage anbelangt, ob der noch nicht bezahlte Betrag als „rückständige Einlage" im Sinne des § 337 Abs. 2 HGB. anzusehen ist, so ist dies zu bejahen. „Einlage" ist nach § 335 HGB. der Vermögenswert, den der stille Gesellschafter dem Inhaber des Geschäftes, an dem er sich beteiligen will, für den Geschäftsbetrieb zur Verfügung stellt. Im vorliegenden Fall läßt § 2 des Gesellschaftsvertrages darüber keinen Zweifel, daß die Einlage des Klägers in diesem Sinne auf 2000 M. festgesetzt worden ist. Wenn weiter bestimmt ist, daß der Kläger nur einen Teil dieses Betrages sofort bar einzulegen, den Rest „bis längstens 31. Dezember 1901 zu bezahlen" habe, so hatte dies nur die Folge, daß der Beklagte die Einzahlung des Restbetrages nicht vor Ablauf der gesetzten Frist verlangen konnte, ändert aber nichts an dem Umfange der Verpflichtung des Klägers zur Tragung des Verlustes, der sich nach dem vollen Betrage der vertragsmäßig fest zuge-

[1]) So Renaud-Laband, Recht der stillen Gesellschaft S. 1. Z. 6, S. 87/88.

sagten Einlage bemißt. Die Richtigkeit dieser Auffassung ergibt sich nicht nur aus dem Begriff und Wesen der Einlage, sondern auch aus der Entstehungsgeschichte des § 337 Abs. 2 Satz 1 HGB.[1]).

Darnach hat der Kläger den Rest seiner Einlage, soweit dies zur Deckung des ihn treffenden Verlustanteils erforderlich ist, nachzuzahlen, obgleich die Gesellschaft vor Ablauf der ihm gewährten Zahlungsfrist aufgelöst wurde[2]); beträgt der gesamte Geschäftsverlust mindestens das Doppelte der klägerischen Einlage, so hat Kläger diese zum vollen Betrag von 2000 M. zu ergänzen.

Urteil des I. C.S. vom 5. Febr. 1904 i. S. Lehr g. Buchwald.

36.

Haftung dessen, der einen Wechsel in blanco acceptiert hat, wenn ihm der Wechsel vor der Begebung gestohlen worden ist?

Gegen die Klage aus einem von ihm acceptierten Wechsel hat der Bekl. eingewendet: der von ihm nicht begebene, sondern nur in blanco acceptierte Wechsel sei ihm von der als Aussteller unterzeichneten Person, einem Vormann des Kl., gestohlen worden. Es wurde nach dem Klagantrag erkannt, vom Berufungsgericht aus folgenden

Gründen:

In Betreff der Entstehung der Wechselverbindlichkeit schließt sich der erkennende Senat mit der herrschenden Ansicht der sog. Kreationstheorie an, die auch der Bekl. im Berufungsverfahren nicht bekämpft hat. Es mag in dieser Richtung genügen, auf die Ausführungen von Staub, WO. 4. Aufl. Allg. Einl. §§ 9—10; § 10 zu Art. 7, § 2 zu

1) Zu vgl.: Preuß. Entwurf Art. 147. Entw. der Redaktionskommission Art. 149. Protok. S. 294. 1085.

2) Vgl. Staub, HGB. § 340 Anm. 7; Renaud-Laband, a. a. O. S. 120, 174/175.

Art. 8; Grünhut, Wechselrecht Bd. 1 § 28 Ziff. 1 lit. b S. 269—83 und die dort angeführte Literatur zu verweisen[1]).

Aus der Kreationstheorie folgt, daß es zur Entstehung einer Wechselverpflichtung genügt, wenn die betreffende Person in der Absicht, sich wechselmäßig zu verpflichten, eine den Vorschriften der Wechselordnung entsprechende Wechselerklärung (Unterschrift) abgibt und der Wechsel sodann in die Hände eines gutgläubigen Erwerbers kommt. Der Bekl. hat nun nach seiner eigenen Darstellung seinen Namen auf das — von der Angabe der Wechselsumme in Zahlen abgesehen — unausgefüllte Wechselformular in der Absicht gesetzt, hiemit ein Wechselaccept herzustellen und sich damit — dem M. M. und dessen etwaigen Nachmännern gegenüber — wechselmäßig zu verpflichten. Der Fall liegt demnach nicht so, daß Bekl. aus einer Unterschrift belangt würde, die er gar nicht in der Absicht, sich wechselmäßig zu verpflichten, abgegeben hatte.

Allerdings war das Wechselformular, als Bekl. sein Accept darauf setzte, von der Angabe der Wechselsumme (in Zahlen) abgesehen, nicht ausgefüllt. Es ist aber allgemein anerkannt, daß Blankoaccepte, falls nachher der betreffende Wechsel ordnungsmäßig ausgefüllt wird, rechtswirksam sind, dieser Wirksamkeit insbesondere der Art. 7 W.O. nicht entgegensteht. Es besteht auch keineswegs, wie Bekl. im landgerichtlichen Verfahren geltend gemacht hat, „bei dem Blankoaccept allgemeine Einigkeit darüber, daß die bloße Unterschrift zur Begründung einer Wechselverpflichtung nicht genügen könne, vielmehr hier der Verpflichtungswille noch durch die Begebung des Wechsels Ausdruck finden müsse“ [2]). Läßt

1) Vgl. auch RG. 24 Nr. 17 insbes. S. 90; Cosack, HR. (4. Aufl.) S. 275—76; Dernburg, das bürg. Recht Bd. 2 Abt. 2 § 249 Ziff. I; Crome, System Bd. 2 § 314 Ziff. 4; Engelmann, das bürg. Recht Deutschlands § 36 Ziff. 2; OLG. Bd. 7 Nr. 17a.

2) Vgl. vielmehr für die gegenteilige Ansicht: Grünhut a. a. O. § 64 Note 2 a. E.; Staub, a. a. O. § 10 zu Art. 7; RG. 32 Nr. 19; 14 Nr. 7.

man einmal — der Kreationstheorie entsprechend — den Aussteller einer Wechselerklärung haften, obwohl eine Begebung des Wechsels nicht stattgefunden hat, vielmehr der Wechsel vor der (beabsichtigten) Begebung gestohlen worden ist, und läßt man weiter mit der in Theorie und Praxis herrschenden und gerechtfertigten Ansicht den Aussteller eines Blanko-Accepts nach Maßgabe der späteren, wenn auch seinem Willen nicht entsprechenden, Ausfüllung des Wechsels haften, so ist auch der weitere Schritt durch die Natur des Wechsels gerechtfertigt und durch die Bedürfnisse des Wechselverkehrs geboten, daß nämlich der Aussteller eines in Verpflichtungsabsicht ausgestellten Blanko-Accepts auch in dem Fall für haftbar aus dem Accept erklärt wird, wenn ihm dieses gestohlen wird und sodann in die Hände eines gutgläubigen Erwerbers gelangt[1]). Daß der Fall der Wechselfälschung (insbesondere der Fälschung oder falschen Anfertigung von Wechselunterschriften Art. 75, 76 WO.) anders liegt, sofern einerseits eine solche Fälschung häufig bei Anwendung gehöriger Aufmerksamkeit sich rechtzeitig entdecken läßt und andererseits den (angeblichen) Aussteller des gefälschten Wechsels regelmäßig nicht der Vorwurf der Unvorsichtigkeit trifft, während in Fällen der im gegenwärtigen Rechtsstreit in Rede stehenden Art es sich damit meist anders verhält, und daß es hienach nicht der inneren Begründung entbehrt, wenn das bestehende Recht die beiden Fälle verschieden behandelt, hat der Unterrichter zutreffend hervorgehoben.

Urteil des I. Civilsenats vom 30. Oktober 1903 i. S. Horn g. Kiese.

37.

Zur Auslegung des § 6 des Wettbewerbgesetzes (Begriff der „Behauptungen tatsächlicher Art").

Der Sachverhalt ergibt sich aus den

1) Vgl. arg. RG. 2 Nr. 26 S. 99 Abs. 3; Bähr, Urt. des RG. S. 9—12.

Gründen:

Auf Grund der Beweisaufnahme erster Instanz ist als dargetan zu erachten, daß der Beklagte am 28. März 1903 in G. geäußert hat, von den für die Wasserleitung in G. bezogenen Waren seien diejenigen, welche bei der Klägerin gekauft worden seien, die schlechtesten. Hierin ist eine Behauptung tatsächlicher Art im Sinn des § 6 Abs. 1 des Reichsgesetzes zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs vom 27. Mai 1896 nicht zu finden. Denn es handelt sich hier nur um ein Urteil ganz allgemeiner Art, welches der Angabe irgend welcher tatsächlicher Grundlage ermangelt. Zwar können sich auch Urteile als Behauptungen tatsächlicher Art darstellen, „namentlich wenn sie konkrete Umstände hervorheben und nicht bloß mit Redensarten allgemeiner Natur sich begnügen“ [1]). Dagegen genügt nicht ein Urteil in dem Sinne, daß die Ware einer Firma schlechter sei als die einer andern[2]). Das Gleiche muß natürlich auch für die Behauptung gelten, daß von den Waren mehrerer bestimmter Firmen diejenigen einer dieser Firmen die schlechtesten seien. Denn es fehlt auch hier an jeder Hervorhebung irgend welcher bestimmter Mängel der so beurteilten Waren oder überhaupt einer Andeutung, nach welcher Richtung die betreffenden Waren als weniger gut anzusehen seien. Unerheblich ist es hierbei, daß die den Gegenstand der Beurteilung bildenden Waren durchaus bestimmt bezeichnet gewesen sein mögen — weshalb auch der Beweisantritt darüber, daß bei der Aeußerung Muster der Waren vorgelegen haben, nicht zu beachten ist; denn durch die genaue Bezeichnung des Gegenstands der Beurteilung wird der Mangel jeder tatsächlichen Substanzierung des Inhalts des Urteils nicht behoben. Wollte man aber auch weiter als bewiesen annehmen, daß der Be-

1) Birkenbihl, unlauterer Wettbewerb 1902 zu § 6 S. 95; Finger, unlauterer Wettbewerb 1897 zu § 6 S. 149 unten und 150 oben.

2) Pinner, unlauterer Wettbewerb 1903 zu § 6 S. 91. WürttJ. Bd. 14, S. 44 ff.

klagte geäußert habe, die beiden Abnehmer der Klin. seien die „Verseckelsten" und will man weiter zu Gunsten der Klägerin unterstellen, daß dieser Ausdruck mit dem Ausdruck: „die Betrogensten" gleichbedeutend sei, so wäre darin immer noch nicht die Behauptung zu finden, daß die Klägerin den G. und W. bei dem Kaufabschluß arglistig getäuscht habe. Denn im Volksmund bedeutet der Ausdruck: „jemand sei bei einem Geschäft der Betrogene u. drgl." in der Regel nur soviel, daß er bei dem Geschäft (objektiv) schlecht gefahren sei, ohne daß hierbei eine wissentliche Täuschung behauptet werden will. Diese weitere Aeußerung würde also nur eine Wiederholung des allgemeinen Urteils, daß G. und W. keine gute Ware bekommen haben, darstellen.

Urteil des I. Civilsenats vom 22. April 1904 i. S. Bach gegen Rothfelder.

38.

„Betrieb" und „höhere Gewalt" im Sinn des Haftpflichtgesetzes.

Kl. fuhr an einem Abend im Winter als Lohndiener eines Vereins auf dem Bock einer Kutsche. Als diese sich einer Straßenkreuzung näherte, kam im rechten Winkel zu ihrer Fahrbahn ein Motorwagen der bekln. Straßenbahn herangefahren, der Kutscher wollte noch vor dem Wagen die andere Seite des Straßenbahngeleises gewinnen, es reichte aber hiezu nicht mehr, vielmehr kam es zu einem Zusammenstoß zwischen der Kutsche und dem Straßenbahnwagen, wobei der Kl. vom Bock herabgeschleudert und schwer verletzt wurde. Nach der Behauptung der Bekln. stand im Augenblick des Zusammenstoßes der Motorwagen schon still.

Aus den

Gründen

des Berufungsurteils:

Zunächst ist zweifellos, daß der Kläger bei dem Betrieb der elektrischen Straßenbahn, welche als Eisenbahn im Sinne des § 1 des Reichshaftpflichtgesetzes vom 7. Juni

1871 verb. mit Art. 42 des EGBGB. anzusehen ist[1]), verletzt worden ist. Ob zur Zeit des Zusammenstoßes der Straßenbahnwagen noch in Bewegung war oder gerade gehalten hat, ist gleichgültig. Denn zu den Betriebshandlungen einer Straßenbahnunternehmung gehört nicht nur das Fahren, sondern auch das zur Aufnahme und zum Absetzen der Fahrgäste erforderliche Anhalten auf den Haltestationen[2]). Unter Betrieb im Sinne des gedachten § 1 ist nämlich nicht nur die unmittelbare Ausführung der Beförderung von Personen oder Sachen, sondern jede mit der Beförderung in unmittelbarem Zusammenhang stehende Handlung des Betriebsunternehmers zu verstehen, vorausgesetzt, daß mit derselben die besondere, dem Eisenbahnbetrieb eigentümliche Gefährlichkeit verbunden ist[3]). Letzteres trifft aber auch für das Verweilen der Straßenbahnwagen auf den Haltestellen zu, da durch das Gebundensein des Motorwagens an den Schienenstrang eine seitliche Verschiebung dieses Wagens ausgeschlossen oder doch erschwert ist, was dazu angetan ist, einen Zusammenprall mit anderen Fuhrwerken zu einem heftigeren und folgenschweren zu gestalten[4]).

Unzutreffend ist der Einwand der Beklagten, daß der Unfall durch höhere Gewalt verursacht worden sei. Unter „höherer Gewalt" im Sinne des § 1 des Haftpflichtgesetzes und anderer Gesetzesstellen wurde nach der früheren üblichen Begriffsbestimmung ein „mit aller denkbaren Umsicht" (erhöhter Diligenz, custodia) „unabwendbares Ereignis" verstanden[5]). Dabei wurde betont, daß zur Aufwendung der äußersten Vorsicht und Sorgfalt doch nur solche Mittel in Betracht kommen, deren Anwendung überhaupt möglich sei,

1) Vgl. Eger, das Reichshaftpflichtgesetz 1903, S. 13 unten.

2) RG. Bd. 3 S. 19.

3) RG. Bd. 1 S. 52, Bd. 2 S. 85 ff.; S. 8; Bd. 50 S. 94.

4) Eger, Haftpflichtgesetz 1903 S. 3; WürttJ. Bd. 14 S. 286; JW. von 1903 S. 403.

5) RG. Bd. 14 S. 83, Bd. 19 S. 37; Goldschmidt, Zeitschrift für Handelsrecht Bd. 3 S. 58 ff.

ohne den wirtschaftlichen Erfolg des Unternehmens vollständig auszuschließen[1]). Diese Begriffsbestimmung hat jedoch, worüber Literatur und Rechtsprechung einig geworden sind, die Einschränkung zu erleiden, daß nicht jedes, auf die gedachte Weise unabwendbare Ereignis, sondern nur ein solches, welches „von außen kommt", als höhere Gewalt anzusehen ist. Dies liegt in dem Wort „Gewalt"[2]). Nun wird neuerdings in der Rechtsprechung durchgängig der Satz aufgestellt: „Ereignisse, welche mit einer gewissen Häu„figkeit bei einem Betriebe vorzukommen pflegen, und auch „nach der Natur des betreffenden Betriebs nicht vermeidbar „seien, die der Betriebsunternehmer deshalb von vornherein „in Aussicht zu nehmen habe, müssen als mit dem Betriebe „und seinen Gefahren im Zusammenhang stehend angesehen „und von dem Unternehmer nach § 1 des Haftpflichtgesetzes „vertreten werden"[3]). „Solche Unfälle dürfen nicht einer „höheren Gewalt zugeschrieben werden, welche in der „gefährdenden Natur des Unternehmens selbst ihren Grund „haben"[4]). So sehr dieser Satz dem Rechtsbewußtsein alsbald einleuchtet, so ist doch nicht ohne weiteres klar, wie derselbe aus der üblichen Begriffsbestimmung der „höheren Gewalt" abzuleiten ist. Insbesondere dürfte es nicht richtig sein, zu sagen, solche Unfälle, welche in der gefährdenden Natur des Unternehmens selbst ihren Grund haben, die der Betriebsunternehmer deshalb von vornherein in Aussicht zu nehmen habe, seien bei außergewöhnlicher Sorgfalt (custodia) stets oder doch in der Regel zu vermeiden, sie seien also aus diesem Grund nicht als höhere Gewalt anzusehen. Vielmehr sind gerade Unfälle dieser Art (z. B. Hereinlaufen eines Kindes in die Fahrbahn, Anprall eines unvorsichtig

1) RG. Band 21 S. 17; WürttJ. Bd. 11 S. 268 ff.

2) Vgl. Staub, Komm. zum HGB. 6. und 7. Aufl. § 456 Anm. 8, RG. Bd. 54 S. 407, erste Zeile.

3) So RG. Bd. 44 S. 29 S. 30, ferner Bd. 19 S. 41, Bd. 50 S. 94.

4) RG. Bd. 54 S. 406, Mitte; WürttJ. Bd. 14 S. 287. So auch Staub, Komm. z. HGB. § 456 Anm. 9 S. 1561 unten.

gelenkten Fuhrwerks u. s. w.) auch bei Anwendung aller menschenmöglichen Sorgfalt (custodia) schlechterdings nicht immer zu vermeiden. Sie könnten nur durch Einstellung des Betriebs oder höchstens allenfalls durch Aufbietung solcher Mittel, die den wirtschaftlichen Erfolg des Unternehmens ausschließen, unbedingt vermieden werden. Die Aufbietung solcher Mittel ist aber auch vom Standpunkt der gesteigerten Sorgfalt (custodia) aus nicht zu verlangen[1]). Auch in dem vorliegenden Fall wird man, wenn man ohne weitere Beweisaufnahme die Sachdarstellung der beklagten Aktiengesellschaft zu Grunde legt, nicht mit dem Unterrichter sagen können, daß bei Anwendung besonders gesteigerter Sorgfalt (custodia) z. B. durch Anordnung besonders langsamen Fahrens vor Eintritt in die Straßenkreuzung der Unfall mit einiger Sicherheit hätte vermieden werden können. Denn nach der Sachdarstellung der Beklagten hätte der Straßenbahnwagenführer Sch. alle mögliche Sorgfalt angewendet, schon bei einem einige Häuser von der Straßenkreuzung entfernten Haus den Strom ausgeschaltet und mehrfache Glockenzeichen gegeben, auch wäre der Zusammenstoß erst erfolgt, nachdem der Straßenbahnwagen gehalten hatte. Der innere Grund, weshalb solche Unfälle, die in der gefährdenden Natur des Unternehmens selbst ihre Ursache haben, nicht als höhere Gewalt gelten können — und zwar gleichviel, ob sie selbst bei menschenmöglicher Sorgfalt nicht vermeidbar waren, also selbst vom Standpunkt dieser gesteigerten Sorgfalt aus für den Betriebsunternehmer sich als reiner Zufall darstellen —[2]), ist vielmehr darin zu finden, daß solche Ereignisse nicht als von außen in den Betrieb eingreifend erachtet werden können, da sie eben ihren Grund in der gefährdenden Natur des Unternehmens selbst haben[3]). Für die Ent-

1) Vgl. oben und RG. Bd. 21 S. 17.

2) Vgl. WürttZ. Bd. 14 S. 287.

3) So RG. Bd. 54 S. 406 unten, 407 oben, während die früheren Entscheidungen sich nicht damit abgeben, den aufgestellten Satz aus der Begriffsstimmung der höheren Gewalt darzutun.

scheidung der Frage, ob ein Unglücksereignis „von außen“ kommt, ist es natürlich bedeutungslos, ob etwa der verletzte Mensch im Augenblick des Ereignisses von außen an das Betriebsmaterial herangekommen, herangefahren ist u. s. w. oder ob er sich z. B. im Straßenbahnwagen selbst befunden hat, vielmehr ist nur maßgebend, ob der Grund des Unfalls in der gefährdenden Natur des Unternehmens selbst oder in einem von außen in den Betrieb eingreifenden Ereignis zu finden ist. Ein Fall ersterer Art ist aber in dem hier in Frage stehenden Vorkommnis zu finden, auch wenn man bezüglich des Hergangs die Darstellung der beklagten Aktiengesellschaft ohne weiteres als richtig zu Grunde legt. Der Unfall steht in ursächlichem Zusammenhang mit dem Straßenbahnbetrieb und den ihm eigentümlichen Gefahren, wie sie namentlich durch das (trotz der Glockenzeichen) verhältnismäßig leisere Herannahen der Wagen und durch das Gebundensein der schweren Wagen an den Schienenstrang gegeben sind. Es ist insbesondere anzunehmen, daß der Zusammenstoß sich dadurch zu einem heftigeren gestaltet hat, daß ein seitliches Ausweichen oder Verschieben des Motorwagens vermöge seiner großen Schwere und des Festliegens im Gleise unmöglich war. Ereignisse wie das vorliegende pflegen mit einer gewissen Häufigkeit beim Betrieb der Straßenbahnen einzutreten [1]). Mit Ereignissen gerade dieser Art hat der Betriebsunternehmer von vornherein zu rechnen. Sie gehören zu den eigentümlichen Gefahren des Unternehmens. Uebrigens kann man auch sagen, daß unter „höherer Gewalt“ schon dem Wortbegriff nach nur außergewöhnliche Ereignisse verstanden werden können, mit deren Eintritt man bei regelmäßigem Verlauf der Dinge nicht zu rechnen pflegt. Es liegt dies in dem Wort „höhere“ Gewalt. Auch von diesem Gesichtspunkt aus könnte nach dem Ausgeführten im vorliegenden Fall nicht von höherer Gewalt gesprochen werden. Bei diesem Standpunkt ist es

1) Vgl. z. B. den ganz ähnlich gelagerten Fall in den WürttJ. Bd. 11 S. 268 ff.

unerheblich, ob den mitbeklagten Kutscher A. oder einem Angestellten der beklagtischen Aktiengesellschaft oder beide Teile oder keinen von beiden eine Schuld an dem Vorkommnis trifft, weshalb der hierauf bezügliche Beweisantritt nicht zu beachten ist.

Urteil des I. Civilsenats vom 11. Dezbr. 1903 i. S. Stuttgarter Straßenbahnen gegen Maier.

39.

Kann der Verpflichtung eines Wirts, sein Bier während eines bestimmten Zeitraums von einer bestimmten Brauerei zu beziehen, durch Eintragung in das Grundbuch dingliche Wirkung verschafft werden?

Hierüber besagen die den Sachverhalt ergebenden

Gründe

eines (nach altem Recht ergangenen) Berufungsurteils:

Die Beklagte stützt ihren Anspruch darauf, daß in dem zwischen der Firma B. und J. J. am 14. Januar 1897 abgeschlossenen Vertrag, in welchen die Beklagte an Stelle der Firma B. eingetreten sei, J. für sich und seine Rechtsnachfolger die Verpflichtung übernommen habe, auf die Dauer der nächsten 15 Jahre das Bier für die von ihm erkaufte Lindenwirtschaft in S. von der Brauerei M. B. in R. zu beziehen, und sich damit einverstanden erklärt habe, daß diese Verpflichtung als dingliche Last im Güterbuch von S. eingetragen werde. Die Beklagte glaubt, daß durch dieses Abkommen, welches nach dem vor dem 1. Januar 1900 in Geltung gewesenen Recht zu beurteilen ist, zu ihren Gunsten in gültiger Weise eine dingliche Berechtigung geschaffen worden sei und daß ihr deshalb auch gegen den Kläger, welcher Sondernachfolger des J. ist und in die von dem letzteren zu Gunsten der Brauerei B. übernommene Verpflichtung nicht eingetreten ist, ein Anspruch auf Fortbezug des Biers aus ihrer Brauerei bis zum Ablauf der 15 Jahre zustehe. Dieser Anspruch konnte nicht für begründet erachtet werden. Zwar geht der Einwand, der Vertrag ermangle der nötigen Be-

stimmtheit fehl. Denn die Verpflichtung des jeweiligen Inhabers der Lindenwirtschaft sollte eben dahin gehen, während der vereinbarten Zeit den gesamten Bierbedarf für seine Wirtschaft, der sich unschwer ermitteln läßt, aus der Brauerei der Beklagten zu beziehen, während die letztere verbunden sein sollte, das Bier dem Wirt in handelsüblicher Güte zu dem gewöhnlichen Kundenpreis zu liefern. Dadurch ist aber dem Erfordernis der Bestimmtheit des Vertrags in ausreichender Weise genügt.

Dagegen läßt sich die von J. übernommene Verpflichtung nicht unter die dinglichen Rechte, welche das frühere Recht zuließ, einreihen. Daß die Verpflichtung sich nicht aus dem Gesichtspunkt einer Personalservitut begründen läßt, hat schon die Civilkammer in durchaus zutreffender Weise ausgeführt und es ist die Beklagte auf diese rechtliche Konstruktion in zweiter Instanz nicht mehr zurückgekommen.

Ebensowenig konnte man das im Streit befindliche Recht als Reallastberechtigung auffassen. Durch das obenerwähnte Abkommen sollte den jeweiligen Inhabern der Lindenwirtschaft eine Leistung auferlegt werden, sie sollten zum Bezug von Bier aus der Brauerei der Beklagten für die Lindenwirtschaft, nicht zu einer Leistung aus der Wirtschaft verpflichtet werden. Eine solche Verpflichtung ist aber nicht eine Last des Grundstücks, sondern eine Verbindlichkeit derjenigen Person, welche das Grundstück jeweils besitzt; das Grundstück haftet für die Verpflichtung nicht unbedingt, sondern kann behufs ihrer Erfüllung nur unter denselben Voraussetzungen und in demselben Umfang in Anspruch genommen werden, wie ein anderes der Verfügung des Wirtschaftsinhabers unterliegendes Vermögensstück, während es auch nach dem vor dem Inkrafttreten des BGB. in Geltung gestandenen Recht wesentlicher Bestandteil des Begriffs Reallast war, daß das Grundstück belastet und aus demselben Leistungen zu entrichten waren[1]).

1) Vgl. Lang, Sachenrecht § 132.

Ließe sich übrigens auch die Abmachung vom 14. Januar 1897 unter die Kategorie der dinglichen Rechte bringen, so würde dies der Beklagten doch nicht zum Obsieg verhelfen, denn eine dingliche Belastung der Lindenwirtschaft mit einer Verpflichtung der gedachten Art war angesichts der Vorschriften der Gewerbeordnung nicht statthaft.

Nach § 8 der Gewerbeordnung unterliegt der Ablösung auch das Recht, den Inhaber einer Schankstätte zu zwingen, daß er für seinen Wirtschaftsbedarf das Getränk aus einer bestimmten Fabrikationsstätte entnehme und nach § 10 der Gew.O. können Zwangsrechte, welche durch Gesetz für ablösbar erklärt worden sind, fortan nicht mehr erworben, d. h. nicht mehr neu begründet werden. Durch diese Bestimmung ist die dingliche Belastuug eines Grundstücks mit einem Recht, wie es die Beklagte in Anspruch nimmt, ausgeschlossen. Ein Zwangsrecht liegt schon dann vor, wenn für die Bewohner eines Grundstücks als solche die Verbindlichkeit besteht, Bedürfnisse einer bestimmten Art ausschließlich von einem bestimmten Betrieb zu entnehmen. Daß die Verbindlichkeit von unbegrenzter Dauer sei, ist nicht erforderlich [1]). Wenn es auch zulässig ist, daß ein Gewerbetreibender sich persönlich für eine nicht zu lange Zeit einem derartigen Zwang unterwirft, so würde es doch gegen das öffentliche Interesse und den Grundsatz der Gewerbefreiheit verstoßen, wenn eine Gebundenheit über die Person des Vertragsschließenden hinaus auf dessen Rechtsnachfolger bewirkt werden dürfte [2]). Diese Ansicht ist von dem Senat bereits in einer am 1. Mai 1902 ergangenen Entscheidung in der Rechtssache H. gegen S. Vertragsstrafe betreffend vertreten worden [3]). Von derselben abzugehen liegt kein Anlaß vor.

Urteil des II. CS. vom 29. Febr. 1904 i. S. Jäckle g. Pfauenbrauerei. Die Revision gegen dieses Urteil ist zurückgewiesen worden.

1) Vgl. Gerber, Deutsches Privatrecht S. 418.
2) Vgl. Motive zum EGBGB. S. 165.
3) Vgl. WürttJ. Bd. 15 S. 290.

40.

Ist die Verpfändung von in einem verschlossenen Raum lagernden Waren rechtswirksam vollzogen, wenn der Verpfänder von mehreren, zur Oeffnung des Raumes geeigneten Schlüsseln dem Gläubiger nur einen ausgehändigt?

Die Klägerin gab am 2. Juni 1902 der Firma K. u. H. ein Darlehen von 6000 M. gegen Verpfändung einer der Darlehensempfängerin gehörigen Anzahl von Furnieren und Muschelaufsätzen, im Werte von etwa 4000 M. Die Verpfändung wurde in der Weise bewirkt, daß am genannten Tage die den Gegenstand des Pfandrechts bildenden Sachen in einen im Geschäftshause der Darlehensempfängerin befindlichen Stall, den die Klägerin am selben Tage von dieser gemietet hatte, gebracht wurden und daß der Stall dergestalt gegen den freien Zutritt anderer Personen als der Klägerin gesichert wurde, daß an den drei Türen des Stalles zwei von innen so verschlossen wurden, daß sie von außen nicht geöffnet werden konnten, während an der dritten Tür von dem Mitinhaber der Firma, K., ein Schloß angebracht wurde, dessen Schlüssel nach erfolgtem Verschluß der Klägerin ausgehändigt wurde. Als die Klägerin demnächst in dem über das Vermögen der Firma K. u. H. eröffneten Konkurse für einen Teil ihrer angemeldeten Darlehensforderung abgesonderte Befriedigung aus den verpfändeten Sachen begehrte, widersprach der Konkursverwalter diesem Verlangen aus verschiedenen Gründen, insbesondere aus dem, daß die Verpfändung nicht rechtsgültig zustande gekommen sei, weil die Darlehensempfängerin selbst auch noch einen Schlüssel zu der von außen verschlossenen Tür besessen und ihn vielfach benützt habe. Auf Klage der Klägerin wurde ihr vom Konkursverwalter bestrittenes Recht auf abgesonderte Befriedigung aus den ihr verfaustpfändeten Sachen festgestellt, vom Berufungsgericht aus folgenden

Gründen:

Zur Bestellung des Pfandrechts an beweglichen Sachen

ist nach § 1205 BGB. erforderlich, daß der Eigentümer die Sache dem Gläubiger übergibt und beide darüber einig sind, daß dem Gläubiger das Pfandrecht zustehen soll. Unter den Parteien ist nun unbestritten, daß eine derartige Einigung zwischen den Beteiligten — der Klägerin und der Firma K. und H. — stattgefunden hat, Streit ist aber darüber, ob eine „Uebergabe" der Sache erfolgt ist.

1. In tatsächlicher Beziehung steht fest, daß die der Klägerin zu verpfändenden Sachen in den Stall verbracht und hier getrennt von den andern dort aufbewahrten Sachen gelegt worden sind und daß die Klägerin einen Schlüssel zu dem Stall erhalten hat (der ihr vermietet wurde). Daß hiemit eine „Uebergabe" der Sachen an die Klägerin erfolgt wäre, wenn sie den einzigen vorhandenen Schlüssel erhalten hätte, zieht Beklagte — mit Recht — nicht mehr in Abrede; sie meint aber, eine Uebergabe im Sinn des Gesetzes habe deshalb nicht stattgefunden, weil K. einen zweiten Schlüssel zu der (dritten) Türe zurückbehalten habe.

2. Dieser Ansicht wäre etwa beizustimmen, wenn K. den zweiten Schlüssel mit Wissen und Willen der Klägerin oder ihres Bevollmächtigten zurückbehalten hätte. Das Berufungsgericht sieht aber mit der Civilkammer die einschlägige Behauptung der Beklagten für widerlegt an.

3. Eine Sache ist jemanden „übergeben" (i. S. des § 1205 BGB.), wenn er den Besitz daran erlangt hat[1]). Nach § 854 BGB. wird der Besitz einer Sache durch die Erlangung der tatsächlichen Gewalt über die Sache erworben; die Einigung des bisherigen Besitzers und des Erwerbers genügt zum Erwerb des Besitzes, wenn der Erwerber in der Lage ist, die Gewalt über die Sache auszuüben. Im Besitz des ihr eingehändigten Schlüssels der dritten (nicht von innen verriegelten) Stalltüre war Klägerin in der Lage, die Gewalt über die Pfandsachen auszuüben: sie konnte je-

1) Planck, BGB. Anm. 2 Abs. 1 zu § 929; Staudinger, Kom. zum BGB. — 2. Aufl. — Ziff. II zu § 929.

derzeit unabhängig vom Willen des Eigentümers in den Stall gelangen und mit den Sachen vornehmen, was ihr beliebte; diese Sachlage entsprach dem übereinstimmenden Willen der Verpfänder und der Pfandnehmerin; auch ging ihr übereinstimmender, in der Aushändigung des (vermeintlich) einzigen für die fragliche Tür bestimmten Schlüssels zum Ausdruck gelangter Wille dahin, daß die Verpfänder nicht ohne Mitwirkung der Pfandgläubigerin zu den Pfandsachen sollten gelangen können: K. hat ja sein Einverständnis mit einer derartigen Regelung den Zeugen K. und S. gegenüber nach deren glaubwürdigen Angaben unzweideutig zu erkennen gegeben; wenn er in seinem Innern sich vorbehielt, dieser Vereinbarung entgegen zu handeln, so war das ohne rechtliche Bedeutung (vgl. § 116 BGB.).

4. Bei dieser Sachlage ist es belanglos, daß die Verpfänder — nach der Aussage K.s — tatsächlich in der Lage waren, mittels eines ihrem Schlüsselvorrat entnommenen Schlüssels auch ihrerseits — ohne Wissen und Willen der Pfandgläubigerin — die Stalltüre zu öffnen und so zu den Pfandsachen zu gelangen. Der § 854 BGB. besagt nicht, daß eine Sache nur als übergeben gelten kann, wenn der Besitzerwerber „mit Ausschließung einer Verfügungsmöglichkeit" des Uebergebenden[1]) über die Sache verfügen kann. Die Möglichkeit, daß der Verpfänder in Fällen der vorliegenden Art über die verpfändeten Sachen tatsächlich widerrechtlich verfügt, wird sich schwer ausschließen lassen; der Verpfänder kann — abgesehen davon, daß er durch eine nicht zum Eintritt bestimmte Oeffnung, z. B. mittels Einsteigens durch ein Fenster in den betreffenden Raum gelangt, wie dies auch im vorliegenden Fall behauptet ist — einen zweiten Schlüssel heimlich — und trotz gegenteiliger Versicherung — zurückbehalten oder nachher einen Schlüssel, der die betreffende Türe öffnet, auffinden oder im nächsten Augenblick nach Uebergabe des einzigen Schlüssels an den Pfandgläubiger sich einen neuen Schlüssel zur Türe machen lassen;

1) Wie sich RG. 37 Nr. 9 S. 33 ausdrückt.

derartige Möglichkeiten lassen sich nicht oder nur schwer ausschließen, sie vermögen aber nichts daran zu ändern, daß die Pfandsachen dem Gläubiger „übergeben" sind (in dem oben dargelegten Sinn) und es ermangelt jeder inneren Begründung, die beispielsweise angeführten Fälle in betreff der Frage nach der Gültigkeit der Verpfändung verschieden zu behandeln, die Gültigkeit zu bejahen, wenn der Verpfänder den zweiten Schlüssel im Augenblick nach der Uebergabe des ersten Schlüssels an den Pfandnehmer auffindet oder anfertigen läßt, sie zu verneinen, wenn er den zweiten Schlüssel heimlich zurückbehält, trotz seiner ausdrücklichen oder stillschweigenden Erklärung, daß er zufolge Aushändigung des Schlüssels an den Gläubiger nicht in der Lage sei, zu den Pfandsachen zu gelangen.

5. Ob der Beurteilung, die das Reichsgericht[1]) einem ähnlichen Fall hat zu Teil werden lassen, vom Standpunkt des früheren Rechts aus beizutreten wäre, kann dahingestellt bleiben. Nach dem Inhalt der einschlägigen Bestimmungen des BGB. erscheint jedenfalls die im Vorstehenden dargelegte Auffassung geboten. Uebrigens hat sich auch vom Standpunkt des gemeinen Rechts aus eine andere Reichsgerichtsentscheidung[2]) im Sinn der oben für das Recht des BGB. vertretenen Auffassung ausgesprochen.

6. Der gegenwärtige Fall liegt aber auch tatsächlich anders als der vom Reichsgericht[3]) behandelte: in letzterem hat es sich darum gehandelt, daß bei Abschluß des Pfandvertrags *zwei für den betreffenden Keller bestimmte* Schlüssel vorhanden waren, von denen dem Pfandnehmer nur der eine ausgefolgt wurde (ohne daß er vom Vorhandensein des andern wußte). Im vorliegenden Fall dagegen ist aus der Zeugenaussagen K. zu entnehmen, daß er zwar von vornherein ein Schloß für die fragliche Türe auswählte, für das sich mutmaßlich ein dazu passender

1) In Bd. 37 Nr. 9.
2) Bei SeuffA. 50 Nr. 8 S. 15 oben.
3) In Bd. 37 Nr. 9.

Schlüssel in dem Schlüsselvorrat der Firma fand; tatsächlich hat er aber erst nachträglich, nachdem das Schloß angebracht und der als dazu gehörig der Klägerin bezeichnete Schlüssel dieser ausgehändigt war, in dem Schlüsselvorrat der Gesellschaft einen zweiten, zu dem Schloß passenden Schlüssel gesucht und gefunden. Hienach gleicht dieser Fall mehr dem, da der Verpfänder nach geschehener Verpfändung sich einen Nachschlüssel machen läßt, als dem, da er einen zweiten, von vornherein für das Schloß bestimmten Schlüssel zurückbehält: im ersteren Fall aber nimmt auch die angeführte Reichsgerichtsentscheidung an, daß die unerlaubte Handlung des Verpfänders die Gültigkeit der Verpfändung nicht zu beeinträchtigen vermöge.

Urteil des I. Civilsenats vom 30. Oktober 1903 i. S. Kromersche Konkursmasse gegen Wirtz.

Das Reichsgericht hat die gegen dieses Urteil eingelegte Revision zurückgewiesen, indem es die Ausführungen in Ziff. 6 der Gründe des Oberlandesgerichts billigte und erklärte, zu den weiteren Ausführungen dieser Gründe brauche hienach keine Stellung genommen zu werden.

41.

Anspruch auf Ersatz erlittenen Schadens oder entgangenen Gewinns im Fall des Verlöbnisbruchs (§ 1298 BGB.).

Hierüber besagen die den Sachverhalt ergebenden

Gründe

eines Berufungsurteils:

Nach § 1298 des BGB. begründet der Verlöbnisbruch nur einen beschränkten Anspruch auf Schadensersatz, unter keinen Umständen einen Anspruch auf das Erfüllungsinteresse d. h. auf Gewährung desjenigen, was der Verlobte gehabt hätte, wenn es zur Heirat gekommen wäre, vielmehr nur einen Anspruch auf gewisse Arten des sogenannten negativen Interesses d. h. auf dasjenige,

was der Verlobte gehabt hätte, wenn das Verlöbnis nicht eingetreten wäre [1]).

Der Kläger behauptet, wenn die Beklagte nicht vom Verlöbnis zurückgetreten wäre, hätte er aus ihrem eingebrachten Gut 3000 M. zur Bezahlung eines Teils des Angelds für die gekaufte Wirtschaft verwenden können und nicht nötig gehabt, die Schuld von 3000 M. bei seiner Mutter aufzunehmen, auch nicht die Verpflichtung gehabt, der Beklagten, in welcher Form sie auch ihr eingebrachtes Gut zu dem Angeld beigesteuert hätte, dasselbe wie ein Darlehen zu 4% zu verzinsen. Er behauptet also, dadurch Schaden erlitten zu haben, daß ihm der erwartete Vorteil entgangen sei, das eingebrachte Gut der Beklagten zum Erwerb seiner Wirtschaft verwenden zu können. Nun ist es zwar keineswegs ausgeschlossen, daß auch entgangener Gewinn gemäß § 252 BGB. beim Verlöbnisbruch zu erstatten sein kann. Dies ist dann der Fall, wenn ein Verlobter in Erwartung der Ehe sein Vermögen oder seine Erwerbsstellung berührende Maßnahmen getroffen hat, durch die ihm Gewinn entgangen ist. Allein der erwartete Gewinn aus dem Vermögen der Beklagten ist dem Kläger nicht durch eine von ihm getroffene Maßnahme, sondern dadurch entgangen, daß die Beklagte vom Verlöbnis zurückgetreten ist. Für die Entziehung eines Gewinns, den der andere Verlobte durch die Eingehung der Ehe erlangt hätte, kann ein Verlobter aber deshalb nicht haftbar gemacht werden, weil Verlöbnisbruch keinen Anspruch auf das Erfüllungsinteresse gewährt. Denjenigen Schaden also, den der Kläger dadurch erlitten haben soll, daß er bei seiner Mutter ein verzinsliches Darlehen von 3000 M. aufgenommen habe, anstatt sich hiefür aus dem eingebrachten Gut der Beklagten decken zu können, kann er angesichts der einschränkenden Rechtsgrundsätze über den Schadensersatzanspruch beim Verlöbnisbruch von der Beklagten nicht ersetzt verlangen. Aus ebendemselben Grunde

1) Kommissionsprotokolle IV. S. 4, Denkschrift S. 167; Dernburg, Familienrecht § 8 Z. 3 S. 28.

kann er aber auch dafür keinen Ersatz von der Beklagten verlangen, daß ihm durch den Bruch des Verlöbnisses der auf 90 M. angeschlagene Vorteil entgangen sein soll, den Unterhalt des unehelichen Kindes der Beklagten in der Ehe billiger bestreiten zu können.

Nun behauptet der Kläger aber weiter, infolge des Verlöbnisbruchs der Beklagten dadurch Schaden erlitten zu haben, daß er in Erwartung der Ehe die Wirtschaft in K. angekauft und infolge dieser sein Vermögen und seine Erwerbsstellung berührenden Maßnahme Aufwendungen im Betrag von 386 M. gemacht habe. Die Tatsache, daß der Kläger aus seinem Vermögen 386 M. aufgewendet hat, rechtfertigt jedoch noch nicht die Annahme, daß er einen Schaden in dieser Höhe erlitten habe, sowenig als daraus, daß der Kläger ein verzinsliches Darlehen von 3000 M. aufgenommen haben soll, ohne weiteres der Schluß gerechtfertigt wäre, dem Kläger sei daraus Schaden entstanden, daß er diese Verbindlichkeit eingegangen sei. Erst dann könnte von einer Schädigung des Klägers die Rede sein, wenn diese Aufwendungen vergeblich gemacht, die Verbindlichkeit ohne Gegenwert eingegangen wäre. Dies ist aber nicht der Fall.

Das Vorbringen des Klägers erschöpft sich allerdings nicht in den gewürdigten Gesichtspunkten, kommt vielmehr weiter auf die Behauptung hinaus, er habe sich in Erwartung der Ehe in eine üble wirtschaftliche Lage gebracht und könne von der Beklagten, die dies durch ihren Rücktritt von dem Verlöbnis verschuldet habe, Ersatz für diesen Vermögensnachteil verlangen. In der Tat ist es auch wohl denkbar, daß der Kläger, wenn er in Erwartung der Ehe die Wirtschaft ohne genügendes Betriebskapital erworben hat, in Gefahr gekommen ist, schlecht zu wirtschaften und schließlich in Konkurs zu geraten. Wäre dies behauptet und bewiesen, so hätte der Kläger dadurch Schaden erlitten, daß er durch die sein Vermögen und seine Erwerbsstellung berührende Maßnahme des Ankaufs der Wirtschaft in Gefahr

des Vermögenszerfalls gebracht wäre.

(Die Gründe führen sodann aus, in dieser Richtung habe Kläger keine schlüssigen Behauptungen aufgestellt.)

Urteil des I. Civilsenats vom 26. Februar 1904 i. S. Müller gegen Stahl.

42.

Zur Auslegung des § 1591 Abs. 1 Satz 2 BGB.

In den dem Sachverhalt ergebenden

Gründen

eines Berufungsurteils ist gesagt:

Da der Beklagte nach Eingehung der Ehe des Klägers mit der K. K. geboren worden ist, da ferner die K. K. den Beklagten während der Ehe mit dem Kläger — in der Zeit vom 19. August bis 18. Dezember 1901 (vgl. BGB. § 1592 Abs. 1) — empfangen hat und da der Kläger, wie er in glaubhafter Weise einräumt (vgl. übrigens auch BGB. § 1591 Abs. 2 Satz 1), innerhalb der gedachten Empfängniszeit seiner Ehefrau beigewohnt hat, gilt der Beklagte gemäß § 1591 Abs. 1 Satz 1 des BGB.s für ehelich. Dem Kläger steht gemäß § 1591 Abs. 1 Satz 2 des BGB. der Gegenbeweis zu, daß es „den Umständen nach offenbar unmöglich" sei, daß seine damalige Ehefrau das Kind von ihm empfangen habe [1]). Es ist nun dem Kläger einzuräumen, daß die Annahme, der Beklagte sei von ihm erzeugt worden, nicht gerade wahrscheinlich ist. Es ist auffallend, daß die Ehefrau des Klägers nach neunjähriger kinderloser Ehe um die Zeit schwanger wurde, als sie neben dem Verkehr mit dem Kläger den ehebrecherischen Umgang mit dem Weber W. K. angeknüpft hatte, was auf Grund der eidlichen Aussagen des K. erwiesen ist. Hierzu kommt, daß Dr. med. R. bei der am 31. Mai 1898 vorgenommenen Untersuchung nur wenig Samenfäden im Samen des Klägers vorgefunden

1) Zu vgl. über die Beweislast Planck, Komm. zum BGB. Bd. IV Bem. 2 Abs. 2 zu § 1591 S. 344.

hat, während solche bei den im Jahre 1903 vorgenommenen Untersuchungen überhaupt nicht mehr zu finden waren.

Dieses Ergebnis berechtigt auch bezüglich der maßgebenden Zeit (19. August — 18. Dezember 1901) zu Zweifeln an der Zeugungsfähigkeit des Klägers. Allein der volle Beweis, daß Kläger damals zeugungsunfähig gewesen sei, vollends der Nachweis der „offenbaren Unmöglichkeit", daß die Mutter das Kind von dem Kläger empfangen hat, ist nicht erbracht und auch nicht zu erbringen, der Wortlaut des § 1591 Abs. 1 Satz 2 des BGB. („offenbar unmöglich") sowie dessen Entstehungsgeschichte [1]) weisen darauf hin, daß in denjenigen Fällen, in welchen der Ehemann während der Empfängniszeit der Ehefrau beigewohnt hat, es mit den Anforderungen an den Gegenbeweis strenge zu nehmen ist und nur ein ganz zweifelsfreies Beweisergebnis die gesetzliche Vermutung des Satz 1 des Abs. 1 des § 1591 zu erschüttern vermag.

Urteil des 1. Civilsenats vom 29. Januar 1904 i. S. Kern g. Kern.

43.

Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte für einen Streit über Gewährung des Unterhalts seitens eines Elternteils an Kinder.

Gegenüber einer Klage seiner drei (durch einen Pfleger vertretenen, bei ihrer Mutter wohnenden) Kinder auf Gewährung von Unterhalt hat der Bekl. eingewendet: er habe seine Unterhaltspflicht nie bestritten und, solange er überhaupt irgendwelche Mittel besessen habe, stets erfüllt; er habe daher zur Klage keinen Anlaß gegeben und die Kläger seien nicht berechtigt, klageweise ihren gesetzlichen Alimentenanspruch gegen den Beklagten feststellen zu lassen. Der Beklagte lebe auch nicht freiwillig getrennt von seiner Familie,

1) Vgl. hierüber Planck, Komm. zum BGB. Anm. 2 Abs. 1 zu § 1591 S. 344.

sondern seine Ehefrau habe sich gegen seinen Willen von ihm getrennt und verweigere die Herstellung der häuslichen Gemeinschaft ohne Grund. Er sei übrigens bereit, seine Kinder wenigstens teilweise zu sich zu nehmen und in natura zu unterhalten.

Die Civilkammer hat die Klage mit der Begründung abgewiesen, daß nach § 1612 Abs. 2 BGB. der Rechtsweg unzulässig sei. Hierüber sagen die

Gründe

des Berufungsurteils:

Mit Unrecht hat das Landgericht die Klage aus dem Grunde abgewiesen, weil für die Entscheidung des Rechtsstreits nicht das ordentliche Gericht, sondern das Vormundschaftsgericht zuständig sei. Nach dem klaren Wortlaute des § 1612 Abs. 2 BGB. hat vielmehr das Vormundschaftsgericht nur dann einzugreifen, wenn der unterhaltspflichtige Elternteil über die Art der Unterhaltsgewährung eine Bestimmung getroffen hat und eine Abänderung dieser Bestimmung in Frage kommt[1]); fehlt es an diesen Voraussetzungen, so ist auch ein Streit über die Art der Unterhaltsgewährung vor den ordentlichen Gerichten zum Austrag zu bringen. Im vorliegenden Falle hat aber der unterhaltspflichtige Beklagte eine Bestimmung über die Art des seinen Kindern zu gewährenden Unterhalts nicht getroffen, insbesondere kann in der von ihm in der Verhandlung erster Instanz gelegentlich abgegebenen allgemeinen Erklärung, er sei „auch bereit", die Kläger „teilweise" zu sich zu nehmen und in natura zu unterhalten, keine Bestimmung dahin gefunden werden, daß die Kläger oder einzelne von ihnen Naturalverpflegung von ihm erhalten sollen; diese Bestimmung wäre überdies unter den obwaltenden Umständen unausführbar und daher bedeutungslos[2]). Auch über das Maß des zu gewährenden Unterhalts hat der Beklagte keine Bestimmung getroffen, sofern er nicht etwa den klägerischen

1) JW. 1903 Beil. 3 S. 29 Nr. 59.
2) Vgl. JW. 1901 S. 870.

Anspruch zu einem Teilbetrage anerkannt, sondern gänzliche Abweisung der Klage beantragt hat. Uebrigens ist die Ansicht des Landgerichts, daß auch bei einem Streit über die Höhe des Unterhalts gemäß § 1612 Abs. 2 BGB. das Vormundschaftsgericht zu entscheiden habe, eine irrige, wie sich aus der Ausdrucksweise des Gesetzes (vgl. einerseits § 1610, andererseits § 1612) [1]) ergibt.

Hienach ist für die Anwendung der Sondervorschrift des § 1612 Abs. 2 BGB. kein Raum, vielmehr ist für den Rechtsstreit der Parteien — auch abgesehen davon, daß die Kläger inzwischen eine Entscheidung des Vormundschaftsgerichts erwirkt haben, — der ordentliche Rechtsweg zulässig. Da der Beklagte nicht die Einrede der Unzulässigkeit des Rechtswegs erhoben, sondern das Landgericht von Amtswegen diesen Mangel einer Prozeßvoraussetzung berücksichtigt und zum Grund der Klagabweisung gemacht hat, war die Sache nicht gemäß § 538 Z. 2 CPO. an das Landgericht zurückzuverweisen [2]).

Urteil des I. C.S. vom 4. März 1904 i. S. Jopp g. Jopp.

44.

Testamentserrichtung durch mündliche Erklärung des letzten Willens (§ 2238 BGB.)

Hierüber ist in den den Sachverhalt ergebenden

Gründen

eines Berufungsurteils gesagt:

Es handelt sich um ein vor einem Notar errichtetes Testament — § 2231 BGB. Dieser hat gemäß § 2233 zur Errichtung des Testaments zwei Zeugen zugezogen. Die Errichtung des Testaments sollte nach § 2238, und zwar in der Weise erfolgen, daß die Erblasserin dem Notar ihren letzten Willen mündlich erklärte. Nach § 2239 müssen die bei der Errichtung des Testaments mitwirkenden Personen

1) Und hiezu Motive Bd. IV S. 704.

2) Vgl. RG. Bd. 27 S. 347 fg.

während der ganzen Verhandlung zugegen sein; zu den mitwirkenden Personen gehören auch die Zeugen — § 2234. In deren Gegenwart mußte also die Erblasserin dem Notar ihren letzten Willen mündlich erklären [1]). Nach dem gemäß §§ 2240 ff. von dem Notar aufgenommenen Protokoll scheint dies auch geschehen zu sein, sofern dort gesagt ist, daß die Erblasserin „in Gegenwart der von dem Notar zugezogenen Zeugen folgende Erklärung mit dem Ersuchen um Beurkundung zum notariellen Protokoll gegeben habe" —, worauf die letztwilligen Verfügungen angeführt werden — und daß „auf Anfragen die Testiererin erwidert habe, daß diese letztwillige Verfügung ihren freien wohl überlegten Willen enthalte", und daß „über die ganze durch nichts unterbrochene Verhandlung der Notar sofort das gegenwärtige Protokoll aufgenommen habe". Der wirkliche Vorgang ist, wie durch die Beweisaufnahme festgestellt ist, im einzelnen anders verlaufen. Nach den Aussagen des Notars K., vor welchem das Testament errichtet worden ist, und seines Schreibers Br. hat der Erstere sich Kenntnis von dem letzten Willen der Erblasserin — inwieweit durch deren eigene Erklärungen oder durch Mitteilung der anwesenden Personen, ist nicht sicher — verschafft v o r dem Erscheinen der berufenen beiden Zeugen; nach den übereinstimmenden Angaben der Zeugen Br. und B. war das Protokoll schon fast bis zum Ende aufgenommen, als die Testamentszeugen eintraten. Sodann hat, wie durch die Aussagen des Notars und des B. erwiesen ist, der Notar vor der Verlesung und Unterzeichnung des Protokolls der Erblasserin dessen Inhalt und zwar die Erbeinsetzungen wie das Vermächtnis, vorgehalten und die Erblasserin darauf erklärt, daß es so recht sei. Hiernach fragt sich, ob in dem letzteren Vorgang die mündliche Erklärung des letzten Willens durch die Erblasserin gefunden werden kann. Die Motive zum I. Entw. Bd. V S. 270 bezeichnen die Form des mündlichen öffentlichen Testaments des BGB. als im wesentlichen allen geltenden Rechten entsprechend,

1) Mot. zum I. Entw. Bd. V S. 263.

insbesondere dem gemeinen Rechte und dem preußischen ALR. und bemerken nur noch zu § 1919 Z. 5 des Entw. (§ 2241 Z. 3 des Ges.), die Vorschrift, daß im Falle der Errichtung durch mündliche Erklärung im Protokoll der Inhalt der mündlich erklärten Verfügung anzugeben sei, sei allgemein gefaßt, um zu vermeiden, daß auf den Gebrauch der Worte Gewicht gelegt oder eine sakramentale Formel als erforderlich angesehen werde. Darüber, welche Art von Erklärung des Erblassers erforderlich ist, damit der Form der mündlichen Erklärung genügt sei, bestand in der Praxis des früheren Rechtes keine volle Uebereinstimmung. In Seufferts Archiv Band 3 Nr. 182 ist ein auf Befragen eines andern erklärter letzter Wille für gültig erachtet, wenn nur die Selbständigkeit des Testators nicht aufgehoben sei, und bemerkt, daß es nur darauf ankomme, daß der letzte Wille unter den vorgeschriebenen Solennitäten erklärt sei, nicht, wie er erklärt sei. Im Württ. Arch. Bd. 13 S. 320 ff. ist auf Grund des gemeinen Rechts einem mündlichen Testament wegen Mangels eines wesentlichen Erfordernisses, der selbständigen Erklärung des letzten Willens durch den Erblasser, der rechtliche Bestand abgesprochen, weil der Aktuar dem Erblasser den letzten Willen in der Weise, daß er ihn fragte, ob er diese oder jene Bestimmung treffen wolle, abgefragt und der Erblasser darauf sich mit Ja oder Nein oder mit Kopfschütteln erklärt habe. In Seufferts Archiv Bd. 19 Nr. 243 ist ausgeführt: die Frage, in welchem Umfang eigene Worte des Testierers erforderlich, ob es insbesondere genüge, wenn er eine von einem anderen ausgesprochene Verfügung als seinen letzten Willen mit seinen eigenen Worten anerkannt habe, sei nur eine Frage der Selbständigkeit und Gewißheit des Willens und der Willenserklärung, nicht eine Frage nach dem Vorhandensein einer notwendigen solennen Form des mündlichen Testaments; nirgends sei vorgeschrieben, daß der Wille des Erblassers nur aus seiner mündlichen Rede erkannt werden dürfe, nur ein bloßes Kopfnicken möge ohne weitere Umstände für nicht ausreichend erklärt werden

können. In RG. Bd. 31 S. 225 ff. ist nach preußischem ALR. das Nicken mit dem Kopfe als deutliches Zeichen einer bejahenden Antwort für ausreichend erklärt. Planck Komm. z. BGB. Anm. 2 zu § 2238 erachtet es für genügend, daß der Erblasser ihm vorgelegte Fragen mündlich bejahe, also seinen Willen nur durch Bezugnahme auf den Inhalt der Frage kundgebe. Strohal: Erbrecht § 21 Note 20 bezeichnet die Abgabe der Erklärung des Erblassers in Zeichensprache für ausgeschlossen. In der Entscheidung dieses Senats vom 25. April 1901 [1]) ist ein Testament für nichtig erklärt, weil der Erblasser die von ihm übergebene Schrift lediglich auf die nach deren Verlesung an ihn gerichtete Frage, ob es recht sei, durch Kopfnicken beantwortet habe. Da nach all diesem es genügend erscheint, daß der Erblasser in irgend einer Art seinen letzten Willen durch gesprochene Worte deutlich zu erkennen gibt, so liegt kein Grund vorhanden, in dem oben festgestellten Tatbestand die Form der mündlichen Erklärung für nicht genügend gewahrt zu erachten.

Urteil des II. C.S. vom 14. Nov. 1904 i. S. Schwarz g. Frisch.

45.

1) **Ist für einen Anspruch gegen eine Gemeinde auf Gewährung eines Teils der Pferdehaltung als Beitrag zur Pfarrbesoldung der Civilrechtsweg zulässig?**
2) **Herkommen als Rechtsgrund eines solchen Anspruchs.**

Der Sachverhalt ergibt sich aus den

Gründen

des Berufungsurteils:

Mit der Klage ist der Anspruch geltend gemacht, daß die Bekl. als Beitrag zur Besoldung der K. evang. Pfarrei B. an den jeweiligen Inhaber dieser Pfarrei jährlich die Nutzung von vier Pferchnächten der auf die Schafweide der

1) OLG. Bd. II S. 448.

bekl. Gemeinde aufgetriebenen Schafe zu den von dem Inhaber der Pfarrei bestimmten Zeiten zu gewähren habe. Ob eine bürgerliche Rechtsstreitigkeit vorliegt und daher die Zuständigkeit des Civilrichters begründet ist (§ 13 GVG.), entscheidet sich in Ermanglung reichsgesetzlicher Normen nach dem geltenden Landesrechte. Hienach ist die Zulässigkeit des Civilrechtswegs zu bejahen.

Das Schafweiderecht der Bekl., mit welchem das beanspruchte Pferchrecht zusammenhängt, ist unstreitig ein Kommunweiderecht auf der eigenen Markung der Bekl., es darf — bei dem Fehlen von Anhaltspunkten für eine andere Annahme — als auf dem Markungsrecht beruhend betrachtet werden und ist daher öffentlich-rechtlicher Natur [1]). Das mit diesem Weiderecht zusammenhängende Pferchrecht ist gleichfalls öffentlich-rechtlicher Natur, wenn es aus dem Gemeindeverband abgeleitet wird; andernfalls kann es auch privatrechtlicher Natur sein [2]). Die Klr. stützen das beanspruchte Recht aber nicht auf den Gemeindeverband, und hiemit fällt die Möglichkeit der Zuständigkeit des Verwaltungsrichters nach Art. 10 Z. 23 Ges. v. 16. Dez. 1876 über die Verwaltungsrechtspflege, wonach den Verwaltungsgerichten die Entscheidung von Streitigkeiten über das Bestehen und den Umfang eines Feldweide- oder Pferchrechtes zukommt, soweit dasselbe auf den Markungs- oder Gemeindeverband gestützt wird.

Ferner wäre die verwaltungsgerichtliche Zuständigkeit begründet, wenn ein nichtprivatrechtlicher Anspruch auf Teilnahme an den Gemeindenutzungen (Art. 10 Z. 5 Ges. über die Verw.Rspfl. oder eine nichtprivatrechtliche Verbindlichkeit der Gemeinde zu einer Leistung für Kirchenzwecke (Z. 17 a. a. O.) in Frage stände.

Wie unbestritten ist, wurde in früheren Zeiten — ab-

1) Lang, Sachenrecht 2. Aufl. § 80 S. 430; WürttA. Bd. 6 S. 380; Schwandner, Ges. über Ausübung und Ablösung der Schafweiderechte vom 26. März 1873 S. 26. 46. 47.

2) Lang, a. a. O. Note 19, WürttA. Bd. 17 S. 164.

gesehen von einer Unterbrechung in den Jahren 1783—1787 — von der Gemeinde die Pferchnutzung in demselben Maße wie dem Ortsgeistlichen jedem Bürger der Gemeinde gewährt, seit 1808 aber der Pferch für die Gemeindekasse verkauft. Trotz dessen dauerte die Pferchnutzung der Pfarrei fort, obgleich insbesondere das Bürgerrechtsgesetz vom 15. April 1828 (Art. 48), das rev. Bürgerrechtsgesetz vom 4. Dez. 1833 (Art. 52) und das Gesetz betr. die Gemeindeangehörigkeit vom 16. Juni 1885 (Art. 29) bestimmten, daß der Anteil an den Gemeindenutzungen, der den Kirchen- und Schuldienern vermöge ihres Amtes zustehe, als Teil des Einkommens ihrer Stellen solange fortzureichen sei, als die betreffende Nutzung für die Gemeindeglieder selbst bestehe.

Demnach handelt es sich um Teilnahme an einer Gemeindenutzung überhaupt nicht, da eine Gemeindenutzung in Gestalt der Pferchnutzung nicht besteht. Als Rechtsgrund der Gewährung der Pferchnutzung an die Pfarrei vor ihrer Aufhebung als Gemeindenutzung sind, da keinerlei andere Begründungsart nachweisbar ist, die Bestimmungen der großen Kirchenordnung von 1559 und der Cynosura ecclesiastica von 1687 cap. 8 [1]) zu betrachten, zufolge deren den evangelischen Kirchendienern als Ausfluß des ihnen eingeräumten Quasi- oder Ehrenbürgerrechtes Anteil an den Gemeindenutzungen gleich den Bürgern zukam. Mag auch ein in dieser Grundlage wurzelnder Anspruch als öffentlichrechtlicher anzusehen sein, so muß er doch diesen Charakter mit der Aufhebung des Pferchgenusses als Gemeindenutzung verloren haben. Oeffentlichrechtliche Ansprüche sind diejenigen, deren Rechtsgrund in dem Unterwerfungsverhältnis des Einzelnen zur Staatsgewalt oder einer anderen im öffentlichen Recht begründeten Gemeinschaft, im Genossenschaftsverband beruht, und zwar nach der gegenwärtig geltenden Auffassung von der publizistischen Aufgabe des Staates und der übrigen öffentlichen Korporationen. „Eine Verbindlichkeit gehört dem

1) Reyscher, evang. Kirchengesetze Bd. 8 S. 240, 402 — s. auch WürttA. Bd. 5 S. 380.

Privatrecht an, wenn sie in Abweichung von dem jetzt geltenden öffentlichen Recht als eine Ausnahme von der Regel sich darstellt, wenn sie einem anderen Subjekt obliegt, als demjenigen, welches das heutige öffentliche Recht als verpflichtet bezeichnet“ [1]). Von einer Beziehung des behaupteten Anspruchs zum Gemeindeverband kann schon nach dem bisher Bemerkten nicht die Rede sein. Was aber die Frage betrifft, ob die Leistung des in der Form der Pferchnutzung geforderten Besoldungsbeitrags in die öffentliche Aufgabe der Gemeinde fällt, so ist sie zu verneinen, weil nach dem gegenwärtig geltenden öffentlichen Recht regelmäßig die Besoldung der evangelischen Geistlichen dem Staate obliegt — Art. 9 Ges. v. 19 April 1865 [2]). Somit kann die streitige Verpflichtung, falls sie besteht, nur privatrechtlicher Natur sein.

Das mit der Klage behauptete Recht auf Gewährung der Pferchnutzung für die zur Pfarrdotation gehörigen Grundstücke ist als ein Annexum des auch auf diesen Grundstücken lastenden Weiderechts der Bekl., als ein auf demselben ruhendes dingliches Privatrecht zu betrachten, das vor dem Inkrafttreten des BGB.s erworben und durch letzteres schon nach Art. 184 EG. nicht berührt worden wäre. Zur gerichtlichen Geltendmachung des Rechtes erscheint nach Württ. Rechte (Art. 80 EGBGB.) als Nutznießer der jeweilige Inhaber der Pfarrstelle mindestens bezüglich der in seine Amtszeit fallenden Leistungen legitimiert [3]), was übrigens auch im Falle der Anwendbarkeit der Bestimmungen des BGBs. — §§ 1068, 1065 [4]) — einem Zweifel nicht unterliegen würde; ebensowenig ist die Legitimation der zugleich

1) Sarwey, öff. Recht S. 332 ff.; 572 ff.; WürttA. Bd. 21 S. 289 ff.; Hohl, Ges. v 16. Dez. 1876 S. 21, 134; Gaupp, CPO. Bd. I S. 4; WürttJ. Bd. 12 S. 257 ff.; Göz, Verwaltungsrechtspflege S. 13, 20, 53, 297.

2) WürttA. Bd. 21 S. 289; Sarwey, öff. Recht S. 601 Zusatz 1; Hohl, S. 134.

3) Lang, Personenrecht § 35 Note 20; Geßler, WürttCP.-Normen S. 260.

4) Vgl. jedoch Dernburg, bürgerl. Recht Bd. III § 183.

klagend aufgetretenen, zufolge des kirchlichen Gesetzes vom 21. Januar 1901 bei dem evang. Konsistorium mit der Aufgabe der Verwaltung der den einzelnen Kirchenstellen zustehenden Einnahmen mit Ausnahme der Bürgernutzungen und der Erträgnisse der Hausgärten gebildeten kirchlichen Besoldungskasse, welche nach § 6 der Bekanntmachung des ev. Konsistoriums vom 9. Januar 1902 die mit ihr verbundenen Kirchenstellen gerichtlich und außergerichtlich vertritt, einem Bedenken unterworfen.

Für diejenige Zeit, da die streitige Pferchnutzung dem Geistlichen gleichmäßig mit allen Gemeindebürgern gewährt wurde, läßt sie sich als auf Herkommen beruhend mit Grund nicht bezeichnen, weil insoweit nach dem oben Bemerkten der allein ersichtliche, aber auch ausreichende Rechtsgrund in den angeführten gesetzlichen Bestimmungen zu finden ist. Es kann sich nur fragen, ob die Begründung des beanspruchten Sonderrechtes in der Zeit seit Aufhebung der Pferchnutzung als Bürgernutzung nachgewiesen ist. Die Klr. bezeichnen als Entstehungsgrund vertragsmäßiges Anerkenntnis und Herkommen.

Unzutreffend ist die Behauptung der Bekl., daß diese Titel deshalb das streitige Recht zu erzeugen nicht vermocht haben, weil nach Art. 48 Ges. v. 15. April 1828, Art. 52 Ges. v. 4. Dez. 1833 die fernere Gewährung einer aufgehobenen Gemeindenutzung an den Ortsgeistlichen unzulässig sei; denn dort ist nur der schon aus der Natur der Sache sich ergebende Satz ausgesprochen, daß die Kirchen- und Schuldiener auf den ferneren Genuß eines in der Teilnahme an einer Gemeindenutzung bestehenden Vermögensvorteils von dem Zeitpunkt an, da diese Gemeindenutzung für die Gemeindeglieder aufhört, einen Anspruch nicht mehr haben; hieraus folgt aber offenbar nicht, daß es der Gemeinde nicht gestattet sei, aus freien Stücken auch fernerhin denselben Vermögensvorteil in Natur oder eine Entschädigung für dessen Wegfall zu gewähren.

Der Abschluß eines auf die fernere Gewährung der

Pferchnutzung gerichteten Vertrags zwischen der Gemeinde und dem Inhaber der Pfarrstelle oder einem sonstigen Vertreter derselben ist nicht ersichtlich. (Dies wird näher dargelegt, sodann fahren die Gründe fort:)

Dagegen ist die Behauptung der Begründung des beanspruchten Rechtes durch Herkommen für zutreffend zu erachten. Es handelt sich hier nicht um Herkommen in objektivem Sinn, um lokales Gewohnheitsrecht, sondern um Herkommen in subjektivem Sinn, um die in einer längeren Zeitperiode zwischen zwei Beteiligten zutage getretene Befolgung einer Norm, worin eine, die vertragsmäßige Abmachung ersetzende gegenseitige Anerkennung dieser Norm zu erblicken ist und wodurch zwischen den Parteien ein konkretes Rechtsverhältnis begründet wird. Soll die fortwährend gleichmäßige Vollziehung eines Rechtsverhältnisses rechtserzeugend wirken, so müssen die einzelnen Akte so beschaffen sein, daß aus ihnen die Absicht beider Parteien unzweideutig erhellt, ein dem einen Teile zustehendes Recht anzuerkennen [1]). Ob das Herkommen in diesem Sinne auch nach dem BGB. als rechtsbegründender Titel anzuerkennen ist, kann dahingestellt bleiben, weil das streitige Recht als bei Inkrafttreten des BGB.s bereits erworben betrachtet werden muß.

Wie es sich in den Jahren 1783—1787 während der vorübergehenden Einstellung der Pferchnutzung als Bürgernutzung mit der Gewährung des Pferches an den Pfarrer verhielt, bedarf nicht der Untersuchung. Unbestritten ist, daß trotz der endgültigen Aufhebung der Bürgernutzung im Jahre 1808 die Pferchnutzung ununterbrochen bis 1902 der Pfarrei unentgeltlich gewährt worden ist. Daß in den Gemeindepflegerechnungen diese Pferchnutzung nicht als eine freiwillige, jederzeit widerrufliche, sondern als eine der Pfarrei von Rechts wegen gebührende Leistung aufgeführt ist, kann einem Zweifel nicht unterliegen, da sie überall, wie auch in dem Prämissenbuch der Gemeindepflegerechnung, als nach alter

1) WürttA. Bd. 7 S. 342 ff., Bd. 8 S. 113; Bd. 19 S. 205; RG. Bd. 11 S. 212; WürttJ. Bd. 11 S. 331.

Observanz oder kompetenzmäßig, d. h. als rechtmäßiger Bestandteil des Gehaltes dem Pfarrer gebührend bezeichnet wird. Die sämtlichen Gemeinderechnungen sind aber durch die Organe der Gemeinde anerkannt. Sie waren insbesondere nach § 36 des Verw.Ed. vom 1. März 1822 vor der Unterzeichnung durch den Gemeinderat und Bürgerausschuß einer genauen Prüfung zu unterziehen. Demnach kann so wenig, wie die Gewährung der Nutzung an sich, der in den Rechnungen angegebene Grund den Gemeindebehörden unbekannt gewesen sein, und sind die jeweiligen Leistungen als zufolge einer anerkannten Rechtspflicht erfolgt zu erachten. Andererseits ergibt sich schon aus der Aufnahme der Pferchnutzung unter die Besoldungsverzeichnisse der verschiedenen Pfarrbeschreibungen, daß dieselben von den Vertretern der Pfarrei als eine rechtsbegründete Leistung der Gemeinde in Anspruch genommen worden ist. Darauf, ob die so von beiden Teilen angenommene Rechtspflicht aus zutreffenden Gründen abgeleitet worden ist, kommt es nicht an. Uebrigens ist auch nicht angezeigt, daß die Beteiligten über den Rechtsgrund der anerkannten Verpflichtung im Irrtum gewesen sind (wie näher ausgeführt wird).

Urteil des II. Civilsenats vom 7. April 1904 i. S. Gemeinde Bolheim gegen Unsöld und Gen.

46.

1) Umfang der Zulässigkeit des Rechtswegs für Ansprüche betreffs Kirchenbaulast.
2) Ist ein Anspruch auf Feststellung der Kirchenbaupflicht gegen den Eigentümer der Kirche möglich?
3) Zum Begriff des Herkommens.

Die evangelische Kirchengemeinde Wildbad hat gegen die K. Württ. Staatsfinanzverwaltung Klage erhoben mit dem Antrag: zu erkennen, die Beklagte sei schuldig:

die subsidiäre Baulast gegenüber der Klägerin und demgemäß die Verpflichtung anzuerkennen, dem gesamten kirchlichen Bedürfnis betreffend Herstellung und Unterhaltung der

zum Gottesdienst gehörigen Bauten und Einrichtungen zu genügen;

die hiefür vorhandenen Bauten und Einrichtungen durch Beschaffung weiterer 1270 Sitzplätze zu erweitern, auch einen zu diesem Zweck nötig werdenden Neubau durch Errichtung einer an Stelle der jetzigen Kirche tretenden, auf einem geeigneten, den kirchlichen Bedürfnissen billig Rechnung tragenden Platz und in einem durch das Gericht zu bestimmenden Umfang herzustellen. Die Klage war auf Herkommen gestützt.

Aus den

Gründen

des Berufungsurteils:

Es fragt sich in erster Linie, ob für die erhobene Klage in ihrem ganzen Umfang der Rechtsweg zulässig ist. Dies ist zu verneinen, soweit es sich um eine Entscheidung darüber handelt, ob und in welchem Umfang zur Zeit das Bedürfnis einer Erweiterung der Wildbader Kirche besteht. Hierüber haben nicht die bürgerlichen Gerichte zu entscheiden: denn es handelt sich in dieser Richtung nicht um Privatrechte und die Anwendung von Sätzen des bürgerlichen Rechts, vielmehr sind die bestehenden Verwaltungsgesetze und Verwaltungsgrundsätze maßgebend [1]). Sache des Gerichts ist es nur, festzustellen, ob der Beklagten im Fall eines Bedürfnisses die Pflicht obliegt, die vorhandenen Kirchenräume zu erweitern; eine Verurteilung der Beklagten zur Ausführung einer solchen Erweiterung, wie die Klägerin sie beantragt hat, kann durch einen Ausspruch der bürgerlichen Gerichte nicht erfolgen, solang ein Streit der Parteien über die Notwendigkeit einer Erweiterung besteht; ein solcher Streit ist im Verwaltungs- oder Verwaltungsstreitverfahren zum Austrag zu bringen.

Im übrigen ist für die erhobene Klage der Rechtsweg zulässig. Denn in Württemberg gilt der Satz, daß Verbindlichkeiten zu Leistungen für öffentliche Zwecke als privatrecht-

1) Vgl. Kübel, in WürttA. Bd. 2 S. 26 ff.; Lang, Sachenrecht Bd. 2 § 147 I, 1; auch arg. Gesetz vom 19. April 1865 Art. 12 Abs. 2; RG. 34 Nr. 76 (preuß. Recht).

liche anzusehen sind, wenn sie nicht aus der öffentlich-rechtlichen Aufgabe des Staats nach dem heutigen öffentlichen Recht folgen [1]). Die Kirchenbaulast liegt aber nach dem in Württemberg geltenden öffentlichen Recht nicht dem Staat ob.

Was zunächst die Berufung der Beklagten anlangt, so hat sich die Beklagte im landgerichtlichen Verfahren auf den Standpunkt gestellt: sie sei betreffs der in Rede stehenden Kirche nicht baupflichtig, vielmehr sei dies — bei der Mittellosigkeit des Heiligen — die klagende Kirchengemeinde (die Parochianen). In der Berufungsbegründung stellt sich Beklagte auf einen andern Standpunkt: jetzt wird gesagt, der Staat habe die für Zwecke des Bads hergestellte Kirche, die (unbestrittenermaßen) in seinem Eigentum steht, allerdings bisher ausschließlich unterhalten, aber der Klägerin stehe ein Recht darauf, daß die Kirche baulich unterhalten werde, nicht zu; Klägerin habe überhaupt kein Recht auf Benützung der Kirche, den Mitgliedern der klagenden Kirchengemeinde sei nur „ein Gastrecht zur Mitbenützung der Kirche" „liberal" eingeräumt. Wäre diese Auffassung der Beklagten richtig, so bestünde freilich in Betreff der Kirche keine Baupflicht der Beklagten gegenüber der Klägerin, Klägerin könnte nicht verhindern, daß Beklagte die Kirche einreißt und nicht ersetzt; es könnte dann aber auch keine Rede davon sein, daß bezüglich dieser Kirche dem Wildbader Heiligen die prinzipale und der Klägerin die subsidiäre Baulast obliege, wie dies die Beklagte bisher behauptet hat und durch Bezugnahme auf ihr Vorbringen im landgerichtlichen Verfahren noch jetzt behauptet.

Daraus, daß die in Rede stehende Kirche im Eigentum des Staates steht, folgt nicht, daß die klagende Kirchengemeinde kein Recht auf deren Benützung hat. Auch eine für den dauernden Gebrauch einer gewissen Gemeinde bestimmte Kirche kann im Eigentum des Staates oder eines Privatmanns stehen: so steht die katholische St. Eberhardskirche in St. im Eigentum des Staats, sie dient aber dem Gottes-

1) Vgl. WürttJ. Bd. 12 S. 157—158.

dienst der katholischen Kirchengemeinde, die ihrerseits baupflichtig ist [1]). Auch bezüglich der Wildbader Kirche war im landgerichtlichen Verfahren nicht bestritten, daß sie die Pfarrkirche der klagenden Kirchengemeinde ist, obwohl sie im Eigentum des Staates steht [2]). Damit also, daß die Kirche im Eigentum des Staates steht, ist ein Recht der Klägerin auf deren Benützung und demgemäß auch eine Verpflichtung des Staates gegenüber der Klägerin, die Kirche in baulichem Zustand zu erhalten (und nötigenfalls zu erweitern), keineswegs ausgeschlossen; das Eigentum des Staats wäre eben insoweit beschränkt und der Staat der Klägerin gegenüber mit einer Verbindlichkeit belastet.

Die Kirchenbaulast ist keine dingliche Last, d. h. keine auf einem Grundstück ruhende Last, soweit der Staat als baulastpflichtig in Anspruch genommen wird: wäre die klagende Gemeinde Eigentümerin der Kirche, so wäre die etwa dem Staat obliegende Kirchenbaulast auch keine dingliche Last, sondern eine rein obligatorische Verpflichtung (wenn sie auch vielleicht historisch darauf zurückzuführen wäre, daß der Staat kirchliches Vermögen eingezogen hat); daß aber in diesem Fall eine Kirchenbaulast dem Staat obliegen könnte, scheint Beklagte selbst nicht in Abrede ziehen zu wollen. Es ist nicht einzusehen, warum z. B. der Staat baupflichtig sollte sein können, solang er nur das Vermögen einer Kirche (etwa anläßlich der Reformation) eingezogen hat, dagegen nicht mehr, wenn er auch die betreffende — einzige — dem Gottesdienst der Gemeinde dienende Kirche in sein Eigentum übernommen hat. Im gegenwärtigen Fall ist nicht aufgeklärt, wann und in welcher Weise der Staat Eigentümer der oberen Kirche geworden ist, ob er dies insbesondere nicht erst zu einer Zeit geworden ist, da seine Baupflicht an der Kirche als einer in fremdem Eigentum stehenden längst begründet war. Aus dem Eigentum des Staats an der Kirche folgt an sich freilich nicht, daß er der Kirchenge-

1) S. WürttJ. a. a. O. S. 153.

2) Vgl. auch RG. 31 Nr. 46 S. 217; RG. bei SeuffA. 37 Nr. 131.

meinde gegenüber baupflichtig ist; eine solche Baupflicht kann aber durch besonderen Rechtstitel (Vertrag oder Herkommen) begründet sein. Die Beklagte hat denn auch in den Kammerverhandlungen von 1864/65 sich in Betreff der Wildbader Kirche trotz ihres Eigentums daran für subsidiär baupflichtig erklärt, und hat auch in Sachen Skt. Eberhard g. Fiskus [1]), daraus, daß der Staat Eigentümer der St. Eberhardskirche in St. ist, nicht herzuleiten gesucht, daß ihr die Baulast an dieser Kirche nicht obliegen könne. (Darüber, daß das Herkommen nicht bloß den Nachweis eines dinglichen Rechts ersetzen kann, s. unten.)

Daß, wie Beklagte jetzt behauptet, die Benützung der in Rede stehenden Kirche durch die Klägerin nur auf Duldung seitens des Staates (früher: des Herzogs) berufen würde, davon kann keine Rede sein; die Klägerin hat vielmehr ein Recht auf diese Benützung.

(Dies wird näher ausgeführt und sodann fortgefahren:) Steht hienach fest, daß Klägerin ein Recht auf Benützung der in Rede stehenden Kirche hat, so folgt daraus allein noch nicht, daß Beklagte (und nicht Klägerin) betreffs der Kirche aushilfsweise baupflichtig ist; gesetzlich liegt in Württemberg die Kirchenbaulast, soweit das eigene Vermögen der Kirche (der Heilige) nicht zureicht, der Kirchengemeinde (den Parochianen) ob.

Klägerin ist deshalb dafür beweispflichtig, daß — abweichend von der gesetzlichen Regel — der Staat, wie sie behauptet, betreffs der in Rede stehenden Kirche zufolge Herkommens baupflichtig ist. Es ist in Württemberg anerkannten Rechtens, daß Herkommen den Titel eines subjektiven Rechts bilden kann und daß zur Annahme eines solchen Herkommens nicht mehr verlangt wird „als eine solche Beschaffenheit der Vorgänge, daß über die Ansicht der Parteien von dem Bestehen eines gewissen Rechtsanspruchs ebensowenig ein Zweifel sein kann, als wenn sie ausdrück-

1) Soviel aus der Veröffentlichung in WürttJ. 12 S. 153 ff. zu ersehen ist.

lich einen Vertrag geschlossen hätten“ [1]). Uebereinstimmend hiemit hat das Reichsgericht [2]) ausgesprochen: soweit ein Verhältnis durch Vertrag geordnet werden könne, bestehe kein Bedenken, „in dem Herkommen, welches in die äußere Erscheinung getreten ist durch die in einer längeren Zeitperiode befolgte Norm, eine die vertragsmäßige Abmachung ersetzende gegenseitige Anerkennung dieser Norm als einer bindenden zu erblicken [3]).

Das Herkommen ist kein Vertrag, sondern er ersetzt den Nachweis eines Vertrags (oder eines sonstigen Entstehungsgrundes eines Rechtsverhältnisses), sofern aus den Akten langjähriger Uebung als aus schlüssigen Handlungen gefolgert werden darf, daß die betreffenden Leistungen in der Annahme, es bestehe für sie eine Rechtspflicht, erfolgt und im Glauben an einen entsprechenden Rechtsanspruch entgegengenommen worden sind und daß ihnen demgemäß eine ihrem Ursprung nach nicht mehr klar erkennbare Verpflichtung zu solchen Leistungen zu Grund gelegen ist. Es handelt sich also bei dem „Herkommen“ im wesentlichen um eine Uebertragung der Rechtssätze über unvordenkliche Verjährung auf obligatorische Rechtsverhältnisse.

Urteil des I. Civilsenats vom 6. Juli 1903 i. S. Kirchengemeinde Wildbad gegen Staatsfinanzverwaltung. Die Revision der Beklagten gegen dieses Urteil ist zurückgewiesen worden.

47.

Unzulässigkeit eines auf übermäßige Benutzung eines Gewässers gestützten Schadensersatzanspruchs, wenn die Parteien darüber streiten, ob das Gewässer ein öffentliches ist.

Der Sachverhalt ergiebt sich aus den

1) Vgl. WürttA. Bd. 7 S. 347 oben; Bd. 2 S. 85 ff., insbesondere S. 88 ff., 15 S. 455 ff., Entsch. des Obertrib. in WürttA. 8 S. 112–113 (= SeuffA. 19 Nr. 1).

2) RG. Bd. 11 Nr. 43 S. 214 vgl. auch Bd. 33 Nr. 41 S. 200 ff.

3) Vgl. auch Regelsberger, Pand. Bd. 1 § 22 Z. 1; Gierke DPrR. Bd. 1 § 20 V. S. 172; Roth, DPrR. Bd. 1 § 44 I bei Note 14–16.

Gründen

des Berufungsurteils:

Die von Amtswegen zu prüfende Frage der Zulässigkeit des Civilrechtswegs hat das Gericht I. Instanz zu Unrecht bejaht. Die Klägerin verlangt Schadensersatz wegen Beeinträchtigung ihres Fabrikbetriebs durch die übermäßige, konzessionswidrige Benützung eines öffentlichen Gewässers, des Talbachs mit Zuflüssen, seitens des Beklagten. Dieser erklärt den Anspruch für unbegründet, da er kein öffentliches Gewässer benütze; das von ihm benützte Gewässer sei kein öffentliches, jedenfalls nicht insoweit, als er mehr als 35 cbm täglich benütze, sondern stehe in seinem Privateigentum. Demgegenüber behauptet die Klägerin, das von dem Beklagten benützte Gewässer sei in allen seinen Teilen ein öffentliches. Hienach ist unter den Parteien streitig die Frage, ob das von dem Beklagten angeblich zu Unrecht benützte Gewässer ein öffentliches ist oder nicht. Für die Entscheidung dieser Frage ist nach der ausdrücklichen Vorschrift des Art. 10 Ziff. 24 des württ. Gesetzes vom 16. Dezember 1876 über die Verwaltungsrechtspflege, wonach den Verwaltungsgerichten zugewiesen sind „Streitigkeiten über die Benützung öffentlicher Gewässer einschließlich der Frage, ob einem Wasser die Eigenschaft eines öffentlichen Wassers zukommt", der Verwaltungsrichter und nicht der Civilrichter zuständig. Zwar ist geltend gemacht ein Schadensersatzanspruch wegen übermäßiger Benützung eines öffentlichen Gewässers und es ist an sich für einen solchen Schadensersatzanspruch, mag er nun auf Beeinträchtigung des Gemeingebrauchs oder eines Sonderrechts an einem öffentlichen Gewässer gestützt werden, nach dem bis zu dem Inkrafttreten des württ. Wassergesetzes (1. Januar 1902) wie nach dem jetzt geltenden Recht der Civilrechtsweg zweifellos zulässig [1]). Aber es ist hiebei vor-

1) Vgl. für das bisherige Recht: Lang, Sachenrecht I § 122 Ziff. 4; für das jetzige Recht Wassergesetz vom 16. Dezember 1900 Art. 15 Abs. 3 und hiezu Kommissionsbericht der Kammer der Abgeordneten S. 903.

ausgesetzt, daß die Eigenschaft des Gewässers, bezüglich dessen unzulässiger Benützung der Schadensersatzanspruch erhoben wird, als eines öffentlichen außer Streit steht. Dies trifft vorliegend nicht zu. Es kann auch nicht etwa gesagt werden, der Rechtsweg sei trotz der angeführten Bestimmung des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege deshalb zulässig, weil in erster Linie die Frage, ob dem fraglichen Gewässer die Eigenschaft eines öffentlichen zukomme, überhaupt nicht zur Entscheidung stehe, weil sie nicht der unmittelbare Gegenstand des verlangten Urteils, sondern nur eine mitzuentscheidende Frage sei. Das württ. Gesetz entzieht allgemein, ohne in der gedachten Richtung zu unterscheiden, die streitige Frage, ob ein Gewässer öffentlich ist oder nicht, dem Civilrichter [1]) und es muß deshalb auch dann der Rechtsweg als ausgeschlossen angesehen werden, wenn diese Frage nur eine präjudizielle ist. Insbesondere führt der von dem württ. Gesetz in Art. 10 Ziff. 24 gemachte Beisatz „wenn der erhobene Anspruch nicht privatrechtlicher Art ist", nicht zu einer anderen Auffassung, da dieser Beisatz sich nur auf den ersten Teil des vorhergehenden Satzes: „Streit über die Benützung öffentlicher Gewässer", nicht auch auf den Zusatz: „einschließlich der Frage, ob einem Wasser die Eigenschaft eines öffentlichen Wassers zukommt", beziehen kann und bezieht [2]). Daß aber die vorliegend bestrittene Frage, ob das Gewässer, dessen Benützung der Beklagte beansprucht, ein öffentliches ist oder nicht, für den eingeklagten Schadensersatzanspruch von entscheidender Bedeutung ist, ergibt sich daraus, daß, wenn feststünde, daß die Quellen im Privateigentum des Beklagten stünden, der Klageanspruch jedenfalls insoweit, als das bisherige Recht anzuwenden wäre, schon aus diesem Grunde vorbehältlich gewisser, übrigens bis jetzt nicht erhobener Einwendungen [3]) abzuweisen wäre.

1) Vgl. auch Gözz, Verwaltungsrechtspflege S. 77, 409.

2) Vgl. Mot. zu Art. 10 § Ziff. 24 und insbesondere WürttJ. Bd. 8 S. 316.

2) Vgl. Lang, Sachenrecht I § 27 unter I und II.

Ob der Klägerin, wie sie geltend macht, der erhobene Schadensersatzanspruch auf Grund Vertrags zusteht, ändert an dem Bisherigen nichts, auch wenn man unterstellen wollte, es handle sich um einen dem Privatrecht angehörigen Vertrag. Denn die Klägerin macht diesen Klagegrund nicht als einzigen geltend, sondern stützt daneben ihren Anspruch noch auf Gemeingebrauch und auf ein ihr zustehendes Sonderrecht. Eine Trennung des Prozeßstoffs, so daß der Civilrichter über den ersten Klagegrund entscheiden würde, die Entscheidung über den zweiten Klagegrund aber dem Verwaltungsrichter überlassen bliebe, erscheint nicht zulässig, weil bei beiden Klagegründen die ausschließlich der Entscheidung des Verwaltungsrichters unterstehende Frage, ob das angeblich zu Unrecht benützte Wasser öffentliches oder privates ist, mit zu entscheiden ist. Die Annahme, daß durch Art. 10 Ziff. 24 die Entscheidung „der Frage, ob einem Wasser die Eigenschaft eines öffentlichen zukomme" den Verwaltungsgerichten lediglich in dem Sinn zugewiesen sei, daß sie dann, wenn im Fall eines Streits über die Eigenschaft eines Wassers auch bei Unterstellung der öffentlich rechtlichen Eigenschaft desselben der erhobene Anspruch als ein privatrechtlicher sich darstellen würde, auf die Feststellung, daß das Wasser ein öffentliches sei, sich zu beschränken, im Uebrigen aber die Entscheidung über den Anspruch dem Civilrichter zu überlassen hätten, ist schon durch den Wortlaut und Zusammenhang des Art. 10 ausgeschlossen, welcher in seinem Eingang als den Gegenstand der Verhandlung und Entscheidung der Verwaltungsgerichte nicht etwa einzelne Streitfragen oder bestimmte Angriffs- oder Verteidigungsmittel bezeichnet, sondern „die Streitigkeiten, welche betreffen" u. s. w. und schon damit das Ganze des betreffenden Rechtsstreits ihrer Entscheidung zuweist, und dementsprechend in Ziff. 1 Abs. 2, Ziff. 5 Abs. 2, Ziff. 6 „die Klagen", in Ziff. 2, 5, 7, 8, 14, 17, 18, 21, 26 „Ansprüche" und in Ziff. 22, 23, 25 „Rechte" (nämlich in Anspruch genommene Rechte) als den Gegenstand der Entscheidung der Verwal-

tungsgerichte bezeichnet; auch in Ziff. 24 lassen die Worte „wenn der erhobene Anspruch nicht privatrechtlicher Natur ist“ nicht bezweifeln, daß unter den „Streitigkeiten über die Benützung öffentlicher Gewässer“ Ansprüche auf deren Benützung gedacht sind; die Frage aber, „ob einem Wasser die Eigenschaft eines öffentlichen zukomme“ ist hier dem Verwaltungsrichter nicht etwa als ein selbständiger Verhandlungs- und Entscheidungsgegenstand überwiesen, sondern, wie das Wort „einschließlich“ klarstellt, nur in Verbindung mit dem zur Entscheidung stehenden Anspruch, als ein Teil der in Frage kommenden „Streitigkeit“.

Urteil des I. Civilsenats vom 27. November 1903 i. S. Duttenhofer gegen Fiskus.

48.

1) Ist zur Entscheidung eines Rechtsstreits, der den Anspruch eines Balletmeisters gegen einen Zirkusbesitzer auf Gehaltszahlung betrifft, das Gewerbegericht zuständig?

2) Rechtliche Natur des zwischen solchen Personen in betreff von Leistungen des Balletmeisters geschlossenen Vertrags.

Der Beklagte, „Direktor des Balletensembles Excelsior“, schloß am 13. März 1903 mit der Klägerin, welche Inhaberin des Zirkus „B.“ in München ist, den Vertrag, wonach er sich verpflichtete, vom 12—30. April 1903 nach den Anordnungen der Klägerin mit seinem aus 8 Personen bestehenden „Damentanzensemble“ gegen Bezahlung von 1200 M. Vorstellungen zu geben. Er selbst hatte bei diesen Vorstellungen nicht mit zu tanzen, er hatte nur die Leitung der Proben und Aufführungen. Der Vertrag wurde am 16. April bis 15. Mai, am 7. Mai bis 30. Mai 1903 verlängert. Von Mitte Mai ab gab der Zirkus der Klägerin mit dem Beklagten in Stuttgart Vorstellungen, Bekl. ließ jedoch sein Ballet letztmals am 26. Mai auftreten und weigerte sich am 27. Mai weitere Vorstellungen zu geben, indem er geltend

machte, Klägerin habe ihm die bedungene Vergütung für die Zeit vom 16. bis 26. Mai vertragswidrig vorenthalten. Klägerin vertrat die Ansicht, Beklagter habe die Vergütung erst am 30. Mai zu fordern gehabt und verlangte vom Beklagten wegen seiner Weigerung weitere Vorstellungen zu geben, die bedungene Vertragsstrafe.

Aus den

Gründen

des Berufungsurteils:

Wenn auch die Klägerin als gewerbsmäßige Veranstalterin von Zirkusvorstellungen ein Gewerbe betreibt und Arbeitgeberin der in diesem Gewerbebetrieb beschäftigten Personen ist, so war doch der Beklagte weder ihr Arbeiter oder ihr Gewerbegehilfe im Sinne des 7. Titels der Gewerbeordnung, noch ihr Betriebsbeamter oder Werkmeister oder mit höheren technischen Dienstleistungen betrauter Angestellter. Seine Tätigkeit war nicht auf Herstellung eines Gewerbserzeugnisses der Klägerin gerichtet, sondern auf freie Gestaltungen der Tanzkunst, die so wenig wie die Schauspielkunst zum Gewerbe zählt. Für die Entscheidung des vorliegenden Rechtsstreits ist deshalb nicht das Gewerbegericht, sondern das ordentliche Gericht zuständig [1]).

Die Leistung, zu welcher sich der Beklagte vertragsmäßig verpflichtet hatte, bestand in den Tanzaufführungen, die er nach Anordnung der Klägerin, aber unter seiner eigenen sachkundigen Leitung, Tag für Tag bis zum 30. Mai mit seinen Tänzerinnen im Zirkus der Klägerin zu veranstalten hatte. Es waren also von dem Beklagten und seinen Angestellten nicht unselbständige Dienste zu leisten, die ihren Zweck erst durch die Verwendung seitens der Klägerin empfingen, die vertragsmäßige Tätigkeit des Beklagten trug vielmehr ihren selbständigen Zweck in sich, war auf einen durch seine Arbeit als Leiter und die Dienstleistung seiner Tänzerinnen herbeizuführenden Erfolg, die Schaustellung von Tanzstücken,

1) §§ 1 u. 3 des Ges. betr. d. Gewerbegerichte RV. 1901 S. 353; Schicker, GewO. 4. Aufl. S. 579, RG. 17 S. 86; 27 S. 66.

gerichtet. Nicht bloß um Leistung versprochener Dienste. um einen Dienstvertrag im Sinne des § 611 BGB. handelte es sich hienach bei dem Vertrag der Parteien, sondern um Herstellung eines versprochenen Werks, Tanzaufführungen, die der Beklagte als Unternehmer zu veranstalten versprochen, die Klägerin bestellt hatte, also um einen Werkvertrag im Sinne des § 631 BGB. Das Werk war kein einheitliches, erst nach und nach während der Vertragsdauer herzustellendes und zur Vollendung zu bringendes, sondern es zerfiel in einzelne selbständige Teile, die für jede einzelne Zirkusvorstellung vorgesehenen Tanzaufführungen. Das Werk war also in Teilen zu vollenden und abzunehmen. (§§ 641, 646 BGB.)

Urteil des I. Civilsenats vom 18. Dezember 1903 i. S. Niederhofer g. Kleye.

49.

Wirkungen der Streitverkündigung (§§ 68, 47 CPO.)

Der Beklagte hat am 21. Februar 1898 im Namen und für Rechnung der Firma Ph. R. an die Firma Sch. 500 Sack Weizenmehl verkauft, die Firma Ph. R. weigerte sich aber, den Vertrag zu erfüllen, indem sie geltend machte, Bekl. habe zu dessen Abschluß keine Vollmacht gehabt. In einem von Sch. gegen die Firma Ph. R. erhobenen Prozeß erließ, nachdem der Bekl. zweimal — das erste Mal eidlich, das zweite Mal unbeeidigt — als Zeuge vernommen worden war, am 4. April 1901 das Landgericht Frankenthal ein bedingtes Urteil, wonach die Entscheidung des Rechtsstreits von einem Eid des Vertreters (Liquidators) der Firma Ph. R., abhängig gemacht wurde, des Inhalts: „Ich habe dem F. R. weder Vollmacht dazu erteilt, für die bekl. Firma Verkäufe fest abzuschließen, noch habe ich den durch ihn mit der Firma A. Sch. vereinbarten Kaufvertrag nachträglich als für die Bekl. abgeschlossen genehmigt. Auch habe ich nicht die Ueberzeugung erlangt, daß die Gesellschafterin Witwe

Ph. R. oder der damalige Prokurist K. R. diese Vollmacht oder Genehmigung erteilt haben."

Gegen dieses Urteil legte Kl. Berufung ein, als Nebenintervenient trat ihm der Bekl. bei. Mit Urteil vom 27. November 1901 hat der zweite Civilsenat des K. bayrischen Oberlandesgerichts Zweibrücken die Berufung zurückgewiesen. Nachdem der Liquidator den ihm auferlegten Eid geleistet hatte, wurde die Klage Sch.s gegen Ph. R. abgewiesen. Nunmehr erhob Sch. gegen den Bekl. Klage auf Ersatz des Gewinns, den er (Kl.) bei Erfüllung des Vertrags gemacht hätte; die Klage stützte sich auf die Behauptung, Bekl. habe als Vertreter der Firma Ph. R. gehandelt, ohne Vertretungsmacht zu besitzen. Es wurde nach dem Klagantrag erkannt. In den

Gründen

des Berufungsurteils ist zunächst ausgeführt: Bekl. habe zu beweisen, daß er Vertretungsmacht der Firma Ph. R. zum Abschluß von Verträgen der in Rede stehenden Art gehabt habe. Dann wird fortgefahren:

Um die Erbringung des hienach dem Bekl. obliegenden Beweises hat es sich auch in dem vom Kl. gegen die Firma Ph. R. geführten Rechtstreit gehandelt, in dem der Bekl. dem Kl. als Nebenintervenient beigetreten ist. Jener Beweis ist dort für nicht erbracht erachtet worden, durch die Eidesleistung des F. B. ist sogar gemäß § 463 Abs. 1 CPO. der volle Beweis der beschworenen, den Behauptungen des Bekl. widersprechenden Tatsachen erbracht worden. Nach § 68 CPO. wird nun „der Nebenintervenient im Verhältnis zu der Hauptpartei mit der Behauptung nicht gehört, daß der Rechtsstreit, wie derselbe dem Richter vorgelegen habe, unrichtig entschieden sei." Zutreffend nimmt das Reichsgericht[1]) an, daß hienach im Verhältnis des Nebenintervenienten zur Hauptpartei die Entscheidung des Vorprozesses „nicht bloß insoweit maßgebend ist, als ihre formale Rechtskraft reicht, sondern daß auch an ihren tatsächlichen und

1) Bd. 45 Nr. 90 = Seuffert 55 Nr. 106.

rechtlichen Grundlagen festzuhalten ist" [1]). Die Richtigkeit dieser Ansicht ergibt sich daraus, daß, wenn die Entscheidung des Vorprozesses nur in so weit maßgebend wäre, als ihre formale Rechtskraft reicht, es angesichts der allgemein geltenden Bestimmung des § 323 Abs. 1 CPO. der besonderen Vorschrift des § 68 nicht bedurft hätte. Augenscheinlich will eben die CPO. in der Streitverkündung der Hauptpartei ein Mittel an die Hand geben, zu verhindern, daß betreffs eines und desselben Rechtsverhältnisses in einem Rechtsstreit zwischen ihr und ihrem dermaligen Prozeßgegner und in einem etwa nachfolgenden Rechtsstreit zwischen ihr und demjenigen, dem sie den Streit verkündet hat, widersprechende Urteile ergehen.

Bekl. macht nun ohne Frage der Sache nach geltend, der Vorprozeß sei unrichtig entschieden worden. Denn alle Gründe, die er dafür geltend macht, daß jetzt zu seinen Gunsten zu entscheiden sei, sind dem Prozeßstoff entnommen, der dem Berufungsgericht des Vorprozesses vorgelegen ist; dieses Gericht wäre also nach dem Inhalt seines Urteils in der Lage gewesen, aus eben den Gründen, die der Bekl. jetzt für sich anführt, zu dessen Gunsten zu entscheiden; ein die Klage abweisendes Urteil des jetzt erkennenden Gerichts würde sich daher mit dem Urteil im Vorprozeß in Widerspruch setzen und ist deshalb gemäß § 68 CPO. unzulässig. Dabei kommt darauf nichts an, ob etwa Bekl. einzelnen aus dem vorliegenden Prozeßstoff entnommenen Verteidigungsmitteln jetzt eine etwas andere Wendung gibt, als im Vorprozeß geschehen ist, ob insbesondere die Behauptung, die Firma Ph. R. habe deshalb sich behandeln zu lassen, als habe sie den vom Beklagten mit Sch. geschlossenen Vertrag genehmigt, weil sie nicht rechtzeitig dem Sch. die Ablehnung

1) Uebereinstimmend die Kommentare zur CPO. von Seuffert, (8. Aufl.) Anm. 1 zu § 68; Reinecke, (4. Aufl.) Anm. 2 a zu § 68; Struckmann-Koch, (8. Aufl.) Anm. 1 zu § 68; Urteil dieses Senats vom 12. Oktober 1900 i. S. Ott g. Kaiser; ebenso Planck, BGB. (2. Aufl.) Anm. 3 a zu § 179 (Gaupp-Stein, 4. Aufl. Anm. II bei und in Note 3 zu § 68 erwähnt die angeführte RGE. nicht).

erklärt habe, schon im Vorprozeß in gleicher Weise wie jetzt aufgestellt worden ist: denn gemäß § 68 CPO. ist im jetzigen Rechtsstreit auch die Geltendmachung solcher neuer Verteidigungsmittel ausgeschlossen, die der Bekl. im Vorprozeß hätte geltend machen können, wie dies bezüglich der in Rede stehenden Rechtsbehelfe des Bekl. zweifellos zutrifft. Daß Kl. den Vorprozeß „mangelhaft geführt" habe (i. S. des § 68 — zweiter Halbsatz — CPO.), hat Bekl. nicht behauptet. Mit seinem gesamten dem Klaganspruch entgegengehaltenen Schutzvorbringen ist der Bekl. sonach nicht zu hören.

Durch den § 68 CPO. wären solche Einwendungen des Bekl. gegen die Klage nicht ausgeschlossen, die mit der Entscheidung des Vorprozesses nicht unverträglich wären (wie z. B. der Einwand, Sch. habe gewußt, daß Bekl. keine Vertretungsmacht besitze u. drgl.). Um einen Fall dieser Art hat es sich bei der vom Bekl. zu seinen Gunsten verwerteten Entscheidung des Reichsgerichts[1]) gehandelt: im Vorprozeß war festgestellt, daß ein vom Bekl. des Nachprozesses aufgenommener Wechselprotest ungültig war; hier konnte der Bekl. im Nachprozeß, ohne sich mit der im Vorprozeß ergangenen Entscheidung in Widerspruch zu setzen, gegenüber dem Anspruch auf Schadensersatz geltend machen, es treffe ihn bezüglich der Ungültigkeit des Protests kein Verschulden. Eine solche Einwendung aber, die von dem Standpunkt aus durchgreifen würde, daß die im Vorprozeß ergangene Entscheidung richtig ist, hat Bekl. nicht geltend gemacht.

Urteil des I. CS. vom 29. Dez. 1903 i. S. Riel gegen Schäfersche Konkursmasse.

50.

Kann eine pfandrechtlich gesicherte Forderung, die nach der Sachlage bei Ausbruch des Konkurses über das Vermögen des Schuldners in ihrem ganzen Umfang

1) Bei Gruchot Bd. 32 S. 728.

als Konkursforderung zu betrachten war, nachträglich zur bloßen Ausfallsforderung werden?

Der Gemeinschuldner F. B., über dessen Vermögen am 21. Februar 1903 das Konkursverfahren eröffnet worden ist, schuldete der Klägerin zurzeit der Konkurseröffnung aus laufendem Kredit 32 746 M. 60 Pf.; am 6. Februar 1899 hatte er der Klägerin für ihre Ansprüche aus dem Kreditverhältnis Wertpapiere im Nennwert von 15000 M. als Faustpfand bestellt. Diese Wertpapiere gehörten — was Klägerin nicht wußte — einem Bruder des Gemeinschuldners, der erst im Herbst 1902 von der Verpfändung Kenntnis erlangte. Klägerin hat das Pfandrecht an den Wertpapieren geltend machen zu wollen erklärt, daneben aber im Konkursverfahren ihre Forderung von 32 746 M. 60 Pf. unverkürzt — und nur vorsorglich als Ausfallsforderung — angemeldet. Im Prüfungstermin vom 27. April 1903 ist die klische. Forderung nur als Ausfallsforderung anerkannt und festgestellt worden; ebenso wurde eine von dem Eigentümer der Wertpapiere, R. B., auf deren eigenmächtige Verpfändung durch den Gemeinschuldner gestützte Schadensersatzforderung im Prüfungstermin dem Grund nach anerkannt. Am 19. Juni 1903 hat R. B. das Eigentum an den fraglichen Wertpapieren an Rechtsanwalt E. L. als Verwalter der Konkursmasse abgetreten.

Mit der Klage hat Klin. beantragt, festzustellen, daß ihr im Konkurs des F. B. eine unbevorrechtigte Konkursforderung in Höhe von 32 746 M. 60 Pf. zum vollen Betrag, nicht bloß als Ausfallsforderung, zustehe. Sie hat die Ansicht vertreten, der § 64 KO. sei nicht anwendbar, weil sie abgesonderte Befriedigung nicht aus Gegenständen verlange, die zur Konkursmasse i. S. des § 1 Abs. 1 KO. gehören. Beklagter hat den gegenteiligen Standpunkt vertreten und demgemäß Klagabweisung beantragt.

Im Berufungsverfahren ist nach dem Klagantrag erkannt worden aus folgenden

Gründen:

I. Ein Gläubiger, für dessen Forderung eine nicht zum Vermögen des Gemeinschuldners (zur Konkursmasse) gehörige Sache als Pfand bestellt ist, kann seine ganze Forderung im Konkursverfahren anmelden und für deren vollen Betrag Befriedigung verlangen (nach Maßgabe der vorhandenen Mittel), daneben aber, soweit er im Konkursverfahren nicht befriedigt wird, sich an sein Pfand halten. Ein Gläubiger dagegen, dem eine zur Konkursmasse gehörige Sache verpfändet ist, kann nach § 64 KO. „nur für den Betrag verhältnißmäßige Befriedigung" (als Konkursgläubiger) „verlangen, zu welchem er auf abgesonderte Befriedigung verzichtet oder mit welchem er bei der letzteren ausgefallen ist".

Hat also ein Gemeinschuldner fremde Sachen einem Gläubiger zu Pfand gegeben und gehören diese Sachen auch zurzeit der Konkurseröffnung nicht zum Vermögen des Gemeinschuldners, so liegt bei der Konkurseröffnung die Sache so, daß der Gläubiger für den vollen Betrag seiner Forderung verhältnißmäßige Befriedigung aus der Konkursmasse verlangen und sich daneben für den Ausfall, den er im Konkurs erleidet, an sein Pfand halten kann; er entzieht kraft seines Pfandrechts der Masse nichts und es liegt deshalb kein Grund vor, ihn (wie Beklagter will) gleich einem Gläubiger zu behandeln, der kraft Absonderungsrechts den Wert einer an sich zur Konkursmasse gehörigen Sache dieser entzieht. Ob der Gläubiger die ihm verpfändete Sache für Eigentum des Gemeinschuldners gehalten hat und ob letzterer die Sache zu verpfänden befugt war, ist gleichgültig, sofern nur — wie im gegenwärtigen Fall — der Gläubiger ein gültiges Pfandrecht an der Sache erworben hat.

II. Der Klaganspruch wäre daher ohne Frage begründet, wenn R. B. die ihm gehörigen, vom Gemeinschuldner an Klägerin verpfändeten Wertpapiere nicht nachträglich an den Konkursverwalter abgetreten hätte. Die Entscheidung des Rechtsstreits hängt somit von Beantwortung der Frage ab, welche Wirkung diese Abtretung auf die Rechte der Klä-

gerin ausgeübt hat. Dabei mag darauf hingewiesen werden, daß in gleicher Weise wie hier der Eigentümer der Pfänder getan, auch ein solcher Eigentümer, der selbst Sachen zu gunsten des Gemeinschuldners einem Gläubiger zu Pfand bestellt hat, sie nachträglich an den Konkursverwalter abtreten und dadurch — falls der Standpunkt der Beklagten und der Civilkammer richtig ist — die Rechte des Gläubigers teilweise illusorisch machen könnte.

III. Darüber besteht kein Zweifel, daß jemand ein ihm gehöriges Vermögensstück dem Konkursverwalter mit der Auflage überlassen kann, den Wert dieser Sache den Konkursgläubigern nach Verhältnis ihrer Forderungen zukommen zu lassen, also die Sache wie einen Bestandteil der Konkursmasse zu behandeln. Insofern wird also eine derart dem Konkursverwalter zugewendete Sache Bestandteil der Konkursmasse. Damit ist aber nicht gesagt, daß eine solche Sache in allen Beziehungen als Bestandteil des Vermögensinbegriffs zu gelten hat, der in der Konkursordnung als „Konkursmasse" bezeichnet wird, und der nach § 1 KO. „das gesamte, einer Zwangsvollstreckung unterliegende Vermögen des Gemeinschuldners" umfaßt, „welches ihm zurzeit des Verfahrens gehört", und außerdem unzweifelhaft alles, was der Konkursverwalter auf Grund von Masserechten oder durch die Verwaltung der Masse (z. B. durch Fortführung des Fabrikbetriebs des Gemeinschuldners oder dergl.) für die Masse erwirbt. Insbesondere läßt sich nicht annehmen, eine derartige Ueberlassung von Vermögensstücken an den Konkursverwalter könne die Rechtsfolge haben, daß sich die zurzeit dieser Ueberlassung bestehenden Rechte eines Konkursgläubigers gegenüber der Konkursmasse vermindern würden, wie dies vom Standpunkt des Beklagten und der Civilkammer aus betreffs der Rechte der Klägerin zuträfe[1]). Aus § 3 Abs. 1 KO. ist zu entnehmen, daß für den Umfang der Ansprüche der Konkursgläubiger auf Befriedigung aus der Konkursmasse die Zeit der Eröffnung des Verfahrens maß-

1) Vgl. arg. RG. 26 Nr. 15 S. 67.

gebend ist; wer also, wie die Klägerin, zurzeit der Konkurseröffnung für seine ganze Forderung (verhältnismäßige) Befriedigung aus der Konkursmasse beanspruchen kann, dessen einschlägiger Anspruch kann nicht im Lauf des Verfahrens durch eine Veränderung der Konkursmasse eine Verminderung erleiden. Auch der § 48 KO., der vom Absonderungsrecht des Pfandgläubigers handelt, setzt ein bei Konkursausbruch bestehendes Pfandrecht voraus, da nach Konkurseröffnung die Bestellung eines Pfandrechts an einem zur Konkursmasse gehörigen Gegenstand nicht mehr möglich ist, schließt also die Entstehung eines derartigen Absonderungsrechts während der Dauer des Konkursverfahrens aus.

Es fehlt auch jeder innere Grund, verpfändete Wertpapiere (oder sonstige Sachen), die vom Verpfänder an den Konkursverwalter abgetreten werden, zum Nachteil des Pfandgläubigers als Bestandteile der Konkursmasse zu behandeln. Die Konkursgläubiger haben an sich Anspruch darauf, daß das ganze zurzeit der Konkurseröffnung vorhandene (der Zwangsvollstreckung zugängliche) Vermögen des Gemeinschuldners gleichmäßig unter sie verteilt wird; soweit ein Pfandgläubiger seine persönliche Forderung geltend macht, ist er Konkursgläubiger; es ist keineswegs selbstverständlich, daß er nicht seine ganze Forderung als Konkursgläubiger geltend machen und daneben, soweit er aus der allgemeinen Konkursmasse nicht befriedigt wird, an das (zur Masse gehörige) Pfand sich halten kann; es mag als der Billigkeit entsprechend angesehen werden, daß, wer einen Teil des Vermögens des Gemeinschuldners zu seiner abgesonderten Befriedigung vorwegnimmt, nicht trotzdem mit seiner ganzen Forderung an der Verteilung des übrigen Vermögens teilnimmt, und insofern erscheint die Bestimmung des § 64 KO. gerechtfertigt [1]); aber ein innerer Grund dafür ist nicht ersichtlich, daß jemand, der sich vorsichtigerweise für seine Forderung an den Gemeinschuldner von einem Dritten ein Pfand hat bestellen lassen und hienach für seine ganze Forde-

1) Vgl. die Begründung zu § 57 KO. a. F.

rung verhältnismäßige Befriedigung aus der Konkursmasse fordern kann, dadurch in die Lage eines unter § 64 KO. fallenden Absonderungsgläubigers gebracht wird, daß der Dritte nach Eröffnung des Konkursverfahrens das Pfand dem Konkursverwalter zu Eigentum überläßt. Schon oben unter Ziff. I aber ist hervorgehoben worden, daß eine andere Beurteilung der Sache nicht im vorliegenden Fall deshalb eintreten kann, weil Klrin. bis nach der Konkurseröffnung des Glaubens war, die ihr gepfändeten Wertpapiere gehören zum Vermögen des Gemeinschuldners: entscheidend ist eben der objektive Sachverhalt.

IV. Hienach hat die Abtretung der verpfändeten Wertpapiere seitens ihres Eigentümers an den Konkursverwalter sie nicht in dem Sinn, mit der Wirkung zu Bestandteilen der Konkursmasse gemacht, daß das Pfandrecht der Klägerin an diesen bis nach der Konkurseröffnung nicht zum Vermögen des Gemeinschuldners gehörigen Papieren nachträglich zu einem Absonderungsrecht i. S. der §§ 48. 64 KO. geworden und Klägerin demgemäß — wenn sie nicht auf Befriedigung aus den Pfändern verzichten will — für ihre ganze Forderung verhältnismäßige Befriedigung aus der Konkursmasse zu fordern verhindert ist. Es kann hiebei dahingestellt bleiben, wer — da die Konkursmasse keine juristische Person ist — durch die Abtretung der Wertpapiere an den Konkursverwalter deren Eigentümer geworden ist, ob der Konkursverwalter für seine Person, oder die Gesamtheit der Konkursgläubiger oder der Gemeinschuldner (was davon abhängt, wie die Rechtsstellung des Konkursverwalters aufzufassen ist); denn das Ergebnis ist in der für den gegenwärtigen Rechtsstreit in Betracht kommenden Beziehung immer dasselbe.

Ob die Abtretung auf Grund des § 255 BGB. erfolgt ist, ist für die zu entscheidende Frage ebenfalls ohne Bedeutung; für die Rechte der Klägerin gegenüber der Konkursmasse kann hierauf nichts ankommen.

V. Die vom Beklagten für sich verwertete Plenarent-

scheidung des Reichsgerichts [1]) kann seinem Standpunkt nicht zur Stütze dienen. Dort ist die Frage verneint, ob neben dem Gläubiger, der für seine volle Forderung Konkursdividende verlangt, auch der neben dem Gemeinschuldner dem Gläubiger zur Zahlung Verpflichtete (der Bürge), der einen selbständigen — d. h. nicht aus dem Recht des Gläubigers abgeleiteten — Rückgriffsanspruch geltend macht, Konkursdividende beanspruchen kann. Ein solcher Fall liegt im gegenwärtigen Rechtsstreit nicht vor: der Eigentümer der Wertpapiere ist nicht der Klägerin gegenüber „Mitverpflichteter" des Gemeinschuldners; der von ihm im Konkurs geltend gemachte Schadensersatzanspruch und die Konkursforderung der Klägerin können nicht, wie in dem vom Reichsgericht entschiedenen Fall die Forderungen des Gläubigers und des Mitverpflichteten, „als eine einheitliche Forderung" in Betracht kommen. Es kann deshalb dahingestellt bleiben, ob nicht aus den Vordersätzen des Beklagten die gegenteilige Folgerung von der, die der Beklagte zieht, gezogen und gesagt werden müßte: „die Forderung der Klägerin und die des K. B. können nicht neben einander im Konkurs geltend gemacht werden; Klägerin kann ihre ganze Forderung geltend machen; also kann R. B. seine Schadensersatzforderung nicht geltend machen"; die Richtigkeit des Obersatzes dieses Schlusses steht keineswegs fest und folgt nicht ohne weiteres aus der angeführten Reichsgerichtsentscheidung.

VI. Mit Recht hat schon die Civilkammer den Einwand des Beklagten verworfen, Klägerin müsse sich zunächst an ihre Deckung, die Pfänder, halten und könne aus der Konkursmasse erst Befriedigung verlangen, wenn und soweit der Pfanderlös zu ihrer Befriedigung sich als nicht ausreichend erwiesen habe. Ein derartiger Rechtssatz galt weder für das württ. Recht, unter dessen Herrschaft die Forderung und das Pfandrecht der Klägerin entstanden ist [2]), noch gilt er nach

1) Bd. 14 Nr. 39.

2) Vgl. Art. 116 PfG. und Windscheid, Pand. Bd. 1 § 235 Ziff. 5 c.

dem Rechte des BGB.; daß aber etwa die Beteiligten eine Vereinbarung in diesem Sinn getroffen haben, ist nicht behauptet.

Urteil des I. Civilsenats vom 11. März 1904 i. S. Württ. Bankanstalt gegen Burkhardtsche Konkursmasse.

Die Revision gegen dieses Urteil ist zurückgewiesen worden.

51.

Können Reisekosten des am Ort des Prozeßgerichts wohnhaften Prozeßbevollmächtigten einer Partei deshalb gestrichen werden, weil die Partei sich eines an ihrem Wohnort ansäßigen Anwalts hätte bedienen können?

Die Frage ist verneint worden aus folgenden, den Sachverhalt ergebenden

Gründen:

Auf Grund rechtskräftigen Vergleichs vom 23. Juni 1903 hat die Civilkammer des K. Landgerichts Tübingen in dem angefochtenen Beschluß vom 26. Oktober 1903 die von der Beklagten an die Klägerin zu erstattenden Prozeßkosten auf 74 M. 62 Pf. nebst Kosten des Beschlusses festgesetzt. In diesem Betrag sind u. a. auch 21 M. 64 Pf. Kosten einer Reise des klägerischen Anwalts nach Reutlingen zur Instruktion der Klage inbegriffen. Die am 3. November 1903 beim k. Landgericht Tübingen eingereichte sofortige Beschwerde der Beklagten richtet sich nun gegen die Festsetzung dieses letzteren Betrags. In der Begründung der Beschwerde wird hervorgehoben: die Sachdienlichkeit der Reise werde nicht bestritten, wohl aber die Ersatzpflicht der Beklagten, sofern die Klägerin sich eines Vertreters am Platze hätte bedienen können.

Die Vorschrift des Abs. 1 des § 91 der CPO., wonach das freie richterliche Ermessen über die Notwendigkeit der dem Gegner erwachsenen Kosten zu befinden hat, erleidet

eine Einschränkung durch die Bestimmung des Abs. 2 Satz 1 dieses §:

„Die Gebühren und Auslagen des Rechtsanwalts der „obsiegenden Partei sind in allen Prozessen zu erstatten, „Reisekosten eines auswärtigen Rechtsanwalts jedoch nur „insoweit, als die Zuziehung nach dem Ermessen des Ge„richts zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechts„verteidigung notwendig war" [1]).

Aus der Vergleichung des zweiten Untersatzes mit dem ersten Untersatz der angeführten Gesetzesbestimmung (Abs. 2 Satz 1 des § 91) ergibt sich nun durch Schluß aus dem Gegenteil als zweifellos, daß insoweit, als es sich um die Zuziehung eines nicht auswärtigen Anwalts handelt, die Frage der Notwendigkeit der Zuziehung des nicht auswärtigen Anwalts vom Gesetze ohne weiteres und unter Ausschluß des richterlichen Ermessens bejaht wird. Als auswärtiger Anwalt ist nun im Sinne des Gesetzes der nicht am Sitze des Prozeßgerichts wohnhafte Anwalt anzusehen [2]).

Diejenigen Kosten der obsiegenden Partei, welche dadurch erforderlich geworden sind, daß ein nicht auswärtiger, d. h. ein am Sitz des Prozeßgerichts wohnhafter Anwalt aufgestellt worden ist, sind nach der positiven Gesetzesvorschrift des § 91 Abs. 2 der CPO. unter allen Umständen zu erstatten und zwar auch insoweit, als durch die Wahl eines nicht-auswärtigen an Stelle eines auswärtigen (z. B. eines nicht am Sitz des Gerichts, aber am Wohnort der Partei ansässigen) Anwalts Mehrkosten entstanden sind. Nun war aber der in Frage stehende Rechtsstreit bei der Civilkammer des K. Landgerichts Tübingen anhängig zu machen. Die Reisekosten des klägerischen Anwalts können daher nicht aus dem Grund von der unterliegenden Partei beanstandet werden, weil sie gemäß § 18 Abs. 5 der RAO. erspart wor-

1) Vgl. Gaupp-Stein, Komm. zur CPO. § 91 Anm. IX Ziff. 1 Abs. 1 Note 77.

2) Vgl. Gaupp-Stein, Komm. zur CPO. § 91 Anm. IX Ziff. 1 Abs. 3.

den wären, wenn statt eines in Tübingen wohnhaften ein in Reutlingen wohnhafter Anwalt zugezogen worden wäre [1]).

Beschluß des I. Civilsenats vom 27. November 1903 i. S. Weißgerbergenossenschaft Reutlingen gegen Schlayer.

52.

Inwieweit ist eine Widerklage nach Erledigung der Vorklage möglich?

Gegen den Bekl. erging im landgerichtl. Verfahren zunächst ein Versäumnisurteil; er legte Einspruch ein und erhob in dem zur Verhandlung über den Einspruch und zur Hauptsache anberaumten Termin Widerklage. Die Civilkammer verwarf den (verspätet eingelegten) Einspruch als unzulässig und wies die Widerklage ab. Auf Berufung des Bekl. wurde dieses Urteil mit der Maßgabe bestätigt, daß die Widerklage als unzulässig zurückgewiesen wurde. In den

Gründen

ist zunächst ausgeführt, der Einspruch sei mit Recht für unzulässig erklärt worden und das Versäumnisurteil hienach rechtskräftig geworden. Sodann wird fortgefahren: Hiedurch ist aber nicht bloß der Rechtsstreit bezüglich der Vorklage endgültig erledigt, sondern es muß auch die prozessuale Zulässigkeit der vom Beklagten *nach* Eintritt der Rechtskraft des Versäumnisurteils in der mündlichen Verhandlung vom 3. Februar 1903 erhobenen *Widerklage* verneint werden. Zwar ist richtig, daß, wie der erste Richter ausführt, eine in zulässiger Weise erhobene Widerklage bestehen bleiben kann, wenn auch der Streit über die Vorklage erledigt, z. B. über letztere durch Teilurteil gemäß § 301 Abs. 1 CPO. entschieden ist. Allein hiebei ist vorausgesetzt, daß die Widerklage vor Erledigung der Vorklage ordnungsmäßig erhoben war, wogegen im vorliegenden Falle zurzeit ihrer Erhebung die über die Vorklage ergangene Entscheidung bereits rechtskräftig war. Daß letzteres erst auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 3. Februar 1903 durch

1) Zu vgl. RG. vom 25. I. 1894, JW. S. 113.

das Urteil des Landgerichts vom 17. Februar festgestellt, und daß in dem Termin vom 3. Februar nicht bloß über das Wiedereinsetzungsgesuch, sondern auch zur Sache verhandelt wurde, vermag an der Beurteilung nichts zu ändern. Denn jene sachliche Verhandlung konnte nur für den Fall Bedeutung haben, daß die Wiedereinsetzung bewilligt wurde; das hierauf erlassene Urteil aber, durch das die Wiedereinsetzung versagt wurde, hat, indem es die Rechtskraft des vorangegangenen Versäumnisurteils feststellte, zugleich den Ausschluß der nachträglich erhobenen Widerklage bewirkt. Hiedurch unterscheidet sich der vorliegende Fall auch von dem der Zurücknahme der Vorklage, wodurch regelmäßig [1]) eine bereits erhobene Widerklage nicht hinfällig wird: Die Folge der Klagzurücknahme ist nach § 271 Abs. 3 CPO., daß der Rechtsstreit „als nicht anhängig geworden anzusehen" ist, was dem Fortbestande einer rechtshängig gewordenen Widerklage nicht entgegensteht; liegt aber, wie hier, bereits eine rechtskräftige sachliche Entscheidung über die Vorklage vor, so kann nach § 278 Abs. 1 CPO. für eine Widerklage kein Raum mehr sein.

Urteil des I. Civilsenats vom 3. Juli 1903 i. S. Kunz g. Gienger.

1) Vgl. Gaupp-Stein, CPO. § 271 Anm. V 1.

B. in Strafsachen.

4.
Zur Auslegung des § 193 StGB.

Hierüber hat sich der Strafsenat in einem Revisionsfall, in welchem der Angeklagte mit Beziehung auf einen zwischen den Parteien auf öffentlicher Straße wegen einer Hunderauferei zuvor stattgehabten Wortwechsel dem Privatkläger „Anrempelung, ein gelinde gesagt, unartiges Benehmen" und hiemit nach der getroffenen Feststellung ein den gesellschaftlichen Anstand sowie die guten Sitten verletzendes Verhalten vorgeworfen hatte, jedoch vom Berufungsgericht aus § 193 StGB. freigesprochen war, unter anderem wie folgt ausgesprochen:

Zwar konnte das Berufungsgericht, nachdem als erwiesen angenommen war, daß der Privatkläger den Angeklagten sehr laut und scharf angelassen und letzterer diese Art als verletzend, als unverdiente Unbill empfunden habe, ohne Rechtsirrtum zu der Feststellung gelangen, daß der Angeklagte berechtigt war, sich gegen diese Unbill zu verwahren und sie sich für künftig zu verbitten, daß er sonach insoweit ein berechtigtes Interesse wahrnahm. Denn als ein solches gelten alle Interessen, welche das Recht anerkennt, bezw. deren Wahrnehmung im Einzelfall als rechtlich erlaubt gilt und da bestimmte objektive Merkmale für jeden Einzelfall zur Beurteilung dieser Frage sich nicht aufstellen lassen, kann ein bei billiger verständiger Berurteilung der konkreten Sachlage als gerechtfertigt sich darstellendes Interesse für genügend erachtet werden. Nachdem also der Angeklagte die Art und den Ton der an sich berechtigten Zurufe des Privatklägers mit Grund als Kränkung und Unbill empfand, so durfte er

diese Auffassung dem Privatkläger gegenüber auch zum Ausdruck bringen und sich eine so empfundene Unbill verbitten; wenn und soweit er dieses tat, wahrte er ein Recht oder jedenfalls ein berechtigtes Interesse und war seine Kundgebung nur strafbar, falls aus der Form oder aus den Umständen, unter welchen sie geschah, das Vorhandensein einer Beleidigung, näherhin der rechtswidrig auf Beleidigung gerichtete Vorsatz hervorging. Der § 193 sichert die Ausübung eines Rechts und zwar neben und gegenüber dem vom Strafrecht geschützten Recht des einzelnen auf Achtung seiner Person, aber diese Sicherung reicht nicht weiter, als die anerkannte Berechtigung im Einzelfall geht; der Angegriffene darf aussprechen, was zu seiner Verteidigung oder zur Wahrung seines Rechts notwendig ist oder was er dafür zur Erreichung dieses Zweckes halten konnte, wobei jedoch nicht die reine Willkür und jedes bloße Meinen des Aeußernden ohne weiteres maßgebend sein darf, sondern die Art und der Umfang des berührten Rechts sowie die jeweilige Sachlage den Maßstab für die richtige Beurteilung abgeben müssen.

Nun hatte das Berufungsgericht ausgeführt, daß für den Angeklagten, welcher zu jener Verwahrung als berechtigt erachtet wurde, schlechterdings nicht zu umgehen gewesen sei „dem Gegner zu sagen, was er gegen ihn auf dem Herzen habe", sein Handeln so, wie er es auffaßte und empfand, zu kritisieren. Hiemit ist offensichtlich eine zu weite Ausdehnung des dem Strafrecht angehörigen Begriffs der berechtigten Interessenwahrung gegeben und eine Verkennung dieses Rechtsbegriffs ersichtlich. Denn in der Zulassung der Befugnis, dem Gegner alles zu sagen, was man gegen ihn auf dem Herzen habe, also auch in unbegrenztem Maß sich über ihn auszulassen und ihm alles Unangenehme in freier zügelloser Kritik seines Handelns und seiner Person zu sagen, wird die mit der Ausübung eines bestimmten Rechts oder eines genau bezeichneten berechtigten Interesses für den Einzelfall von selbst gegebene Beschränkung verlassen und die bei einer Kollision von Rechten für die Ausführung des

einzelnen Rechts als solchen naturgemäß gezogene Grenze überschritten. Bei Anerkennung einer solchen Befugnis wäre die Ehre des einzelnen, welcher mit einem anderen eine unliebsame Begegnung hatte, den maßlosesten und schwersten Angriffen seitens des letzteren ausgesetzt, ohne einen gesetzlichen Schutz beanspruchen zu können und der durch das Strafgesetz gewährleistete Anspruch auf Achtung der Person wäre in offenbarem Widerspruch mit der Absicht des Gesetzes rechtlos preisgegeben. Die Folgerung des Berufungsgerichts, daß der Angeklagte, um sich gegen die nach seiner Empfindung ihm widerfahrene Unbill zu verwahren, schlechterdings nicht umgehen konnte, dem Gegner zu sagen, was er gegen ihn auf dem Herzen habe, und deshalb auch sein Auftreten als Anrempelung auf öffentlicher Straße und als mehr denn unartiges Benehmen zu erklären, stellt sich sonach als vom tatsächlichen und zugleich von rechtlichem Irrtum beeinflußt dar. Insbesondere legt sich auch der Verdacht nahe, daß der Vorrichter eine Prüfung nach der hier gebotenen Richtung unterließ, ob der Angeklagte den angegebenen berechtigten Zweck nicht auf anderem, nicht beleidigendem Wege erreichen und die Verwahrung für die Zukunft ohne einen beleidigenden Ausfall gegen den Privatkläger zum Ausdruck bringen konnte, wenn er z. B. unter Weglassung der möglicher Weise als beleidigend wirkenden Worte einfach schrieb, er habe das Auftreten des Privatklägers gegen ihn als unangemessen oder kränkend empfunden, er verwahre sich dagegen, verbitte es sich auf das entschiedenste und dergl., — ferner ob er, indem er trotzdem in der gerügten Briefstelle diesen Weg wählte, nicht kundgab, daß er hiebei in Wirklichkeit nicht die Wahrnehmung seines nur in begrenztem Umfang als berechtigt anzuerkennenden Interesses bezweckte und verfolgte, vielmehr bloß bei Gelegenheit solcher Interessenwahrnehmung den beleidigenden Ausfall machte, oder wie das Urteil sich ausdrückt, dem Gegner sagte, was er gegen ihn auf dem Herzen hatte. Daß in solchem Fall die Anwendung der Schutzvorschrift des § 193 ausgeschlossen wäre,

bedarf keiner weiteren Begründung.

Urteil des Strafsenats vom 16. 23. Dezember 1903 in der Privatklagesache M. D. gegen H. E. in R. wegen Beleidigung

5.

Der Gebrauch eines Beinamens als Beleidigung.

Aus den

Gründen.

Nach der Feststellung im angefochtenen Urteil hat der Angeklagte im Gespräch mit einem Dritten über den Privatkläger die Bezeichnung „Pfannenstiel" gebraucht und ist diese Bezeichnung wie auch „Pfannenschuster" ein Beiname des Privatklägers, was dem Angeklagten bekannt war. Der Privatkläger erblickt in dieser Bezeichnung eine Beleidigung und hat deshalb Privatklage erhoben. Das Berufungsgericht hat jedoch den Angeklagten freigesprochen und zur Begründung dieser Freisprechung ausgeführt: durch den Gebrauch eines Beinamens (Unnamens, Spitznamens, Spottnamens) einer Person könne eine Beleidigung stets nur dann begangen werden, wenn der Beiname objektiv Mißachtung zum Ausdruck bringe oder zu bringen geeignet und der Täter sich dessen bewußt sei. Diese Ansicht ist rechtsirrig. Eine objektive Beleidigung gibt es nicht, vielmehr hängt die Entscheidung der Frage, ob eine Kundgebung als Beleidigung d. h. als Ausdruck der Geringschätzung oder Mißachtung eines anderen aufzufassen ist, lediglich von den Umständen des Einzelfalles ab, wobei insbesondere die Auffassung und Anschauungsweise der in Frage kommenden Volkskreise, sowie die Gewöhnung der Beteiligten zu berücksichtigen sind. Unzweifelhaft kann deshalb auch in einer Kundgebung, aus deren Wortlaut oder sonstigen äußeren Charakter, also objektiv, eine Ehrenkränkung nicht ersichtlich ist, eine Beleidigung gefunden werden, wenn sie in der Absicht oder auch nur im Bewußtsein, die Mißachtung oder Verhöhnung des anderen kund zu geben, in einer Weise oder unter Umständen

geschieht, daß dieser Zweck verständlich kundgegeben wird. Dies gilt selbstredend auch für den Gebrauch eines Beinamens und für die Beurteilung der Frage, ob und inwieweit darin eine Beleidigung enthalten sei.

Nun ist zu prüfen, ob auf der angeführten rechtsirrigen Ansicht die vom Berufungsgericht ausgesprochene Freisprechung des Angeklagten beruht. Für diese Annahme spricht zunächst die beigefügte Begründung im Urteil, daß das Wort Pfannenstiel rein äußerlich betrachtet nicht geeignet erscheine, Mißachtung zum Ausdruck zu bringen. Allerdings ist dem weiteren Satz beizupflichten, daß die bloße Tatsache, daß der Privatkläger den Beinamen nicht gerne hört oder daß er den Gebrauch desselben Dritten und zumal dem Angeklagten schon untersagt hat, den trotzdem erfolgten Gebrauch des Beinamens nicht in jedem Einzelfall als Beleidigung auffassen lasse, und ebenso scheint die Anführung der vom Privatkläger behaupteten, auf eine angebliche Entwendung einer Pfanne durch seine Großmutter zurückzuführende Entstehung des Beinamens sowie die weitere Ausführung des Berufungsgerichts, daß der Privatkläger anderweitige, den Gebrauch des Beinamens als Beleidigung kennzeichnende Umstände nicht behauptet und auch die Hauptverhandlung solche nicht ergeben habe, in der Tat dafür zu sprechen, daß der Vorrichter jene rechtsirrige Ansicht seiner Entscheidung nicht zu Grunde gelegt, sondern diese unter Berücksichtigung der besonderen Umstände des Falles getroffen hat. Allein auf der anderen Seite darf die obenerwähnte, offensichtlich von Rechtsirrtum beeinflußte Begründung der Freisprechung nicht übersehen werden, wozu die weitere, eine Einwirkung jenes Rechtsirrtums auf das Urteil nahelegende Tatsache kommt, daß der vom Privatkläger mit Zeugen dafür angetretene Beweis, daß der Gebrauch des Beinamens Pfannenstiel in seinem Wohnort als Beleidigung angesehen werde, als nicht schlüssig vom Vorrichter abgelehnt worden ist. Bei dieser Sachlage ist mindestens zweifelhaft, ob jene rechtsirrige Ansicht nicht von Einfluß auf die Entscheidung der an sich wesent-

lich auf tatsächlichem Gebiet liegenden Frage über das Vorliegen einer Beleidigung gewesen ist, und ob sonach diese Entscheidung auf rechtlich einwandfreier Grundlage beruht. Endlich läßt das angefochtene Urteil, abgesehen von der Frage, ob der Angeklagte die erwähnte Entstehungsursache des Beinamens kannte, eine ausdrückliche Feststellung nach der Willensseite des Angeklagten vermissen und doch ist gerade die letztere bei einer Kundgebung der vorliegenden Art, bei welcher der behauptete ehrverletzende Charakter nach der äußeren Seite nicht ohne weiteres erkennbar ist, für die zu treffende Entscheidung von maßgebender Bedeutung.

Nach dem Ausgeführten konnte das angefochtene Urteil nicht aufrechterhalten werden und war im ganzen Umfang samt den ihm zu Grunde liegenden, von der Gesetzesverletzung mitbetroffenen Feststellungen aufzuheben.

Urteil des Strafsenats vom 16. Dezember 1903 in der Privatklagesache W. gegen E. wegen Beleidigung.

II.

Entscheidungen des Verwaltungsgerichtshofs.

6.

Amtsniederlegung eines Ortsvorstehers. Widerruflichkeit dieser Erklärung?

Der Ortsvorsteher der Gemeinde U., P.S., der zu dieser Stelle durch die Wahl vom 11. Januar 1896 berufen worden war, erklärte bei einer am 28. Januar 1904 auf Anordnung des Oberamts vorgenommenen Amtsvisitation, daß er sein Amt als Ortsvorsteher spätestens auf 1. Mai 1904 niederlegen werde. Nachdem das Oberamt sich mit dieser Entschließung einverstanden erklärt hatte und auf Ansuchen des S. die Frist zur Amtsniederlegung bis 1. Juli 1904 hinausgerückt worden war, bestritt S. den endgültigen Charakter und die rechtliche Wirksamkeit seiner Erklärung; als hierauf das Oberamt mit Erlassen vom 11. Juni und 1. Juli die Neuwahl eines Ortsvorstehers und eine Schultheißenamtsverweserei anordnete, erhob S. dagegen Beschwerde an die Kreisregierung in Ludwigsburg und verfolgte diese von der Kreisregierung am 25. Juli abgewiesene Beschwerde weiter an das Ministerium des Innern. Mit der Entscheidung vom 1. Oktober hat auch das Ministerium die Beschwerde als unbegründet abgewiesen, indem es davon ausging, S. habe am 28. Januar unbedingt seinen Rücktritt erklärt oder mit anderen Worten seine Entlassung beantragt und das Oberamt habe diesen Antrag angenommen, ehe sein Wider-

ruf erfolgte; der Widerruf sei daher wirkungslos geblieben. Gegen diese Entscheidung des Ministeriums hat S., dem übrigens das Oberamt mit Erlaß vom 15. Oktober die einstweilige Weiterversehung der Ortsvorsteherstelle gestattete, die Rechtsbeschwerde an den Verwaltungsgerichtshof erhoben und beantragt, unter Aufhebung der angefochtenen Entscheidung festzustellen, daß er seines Amtes als Ortsvorsteher nicht entkleidet sei.

Die Rechtsbeschwerde ist abgewiesen worden.

Gründe:

1. Die Amtsniederlegung ist vom Beschwerdeführer in unanfechtbarer rechtswirksamer Weise erklärt worden, dem — nach der Genehmigung des Rücktritts durch das zuständige Oberamt — ausgesprochenen Widerruf dieses Rücktritts kommt daher eine rechtliche Bedeutung nicht zu. Die in dieser Richtung von dem Bevollmächtigten des Beschwerdeführers vorgebrachten Einwendungen gehen fehl. Nach dem Wortlaut der ursprünglichen Erklärung und der sich daran anschließenden späteren Erklärungen des Beschwerdeführers ist der Rücktritt vom Amte endgültig erklärt und nicht bloß für später in Aussicht gestellt worden. Die Erklärung entbehrt auch nicht der erforderlichen Vollständigkeit: der Rücktritt vom Amt schließt den Verzicht auf den mit dem Amt verbundenen Gehalt von der Zeit des Rücktritts an in sich; diese Zeit braucht in der Erklärung des Rücktritts nicht sofort mit völliger Bestimmtheit und Genauigkeit bezeichnet zu werden; der Rücktritt kann endgültig erklärt werden, obwohl der Zeitpunkt seiner Verwirklichung innerhalb eines bestimmten Zeitraums späterer Feststellung vorbehalten bleibt. Die endgültige vorbehaltlose Entgegennahme der Rücktrittserklärung seitens des Oberamts, die jedenfalls vor dem Widerruf dieser Rücktrittserklärung erfolgt und dem Beschwerdeführer eröffnet worden ist, hat die rechtliche Bedeutung einer Entlassung aus dem Amte; auch diese Entlassung kann rechtswirksam und endgültig in der Weise erteilt werden, daß die Einzelheiten des Vollzugs der Ent-

lassung, insbesondere die genaue Zeit des Ausscheidens aus dem Amte späterer Regelung vorbehalten wird. Unrichtig und im Gesetze nicht begründet ist auch die Auffassung des Beschwerdeführers, als ob die Amtsniederlegung zu ihrer Rechtsgültigkeit eine Mitwirkung der bürgerlichen Kollegien der beteiligten Gemeinde erfordern würde.

2. Die weitere Frage, ob das Oberamt nach der Sachlage befugt war, dem Beschwerdeführer die Ausübung des Amts vor der Beendigung des Verwaltungsbeschwerdeverfahrens zu untersagen, bedarf einer Entscheidung durch den Verwaltungsgerichtshof nicht. Denn der Beschwerdeführer leitet in der Rechtsbeschwerdeschrift aus dem Umstande, daß er vom 18. Juli bis 21. Oktober 1904 außer Dienst war, lediglich einen Schadensersatzanspruch im angeblichen Betrage von 400 M. ab, den nach seiner Auffassung die Gemeinde zu ersetzen hat; zur Entscheidung eines derartigen Anspruchs aber sind, soweit es sich um Gehaltsbezüge handelt, nach der Vorschrift des Art. 2 Ziff. 1 des Gesetzes vom 16. Dezember 1876, im übrigen nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen die bürgerlichen Gerichte zuständig.

Urteil vom 21. Dezember 1904 in der Rechtsbeschwerdesache des P. S.

7.

Zur Auslegung des § 124 des Verwaltungs-Edikts.

In der Oberamtsstadt E. ist die Ausscheidung des örtlichen Kirchenvermögens auf Grund des Gesetzes vom 14. Juni 1887, betr. die Vertretung der katholischen Pfarrgemeinden ꝛc., erst auf den 1. April 1904 zum Vollzug gekommen. Bis dahin wurde die Verwaltung der örtlichen Stiftungen nach den Vorschriften des dritten Kapitels des Verwaltungsedikts vom 1. März 1822 mit den durch Art. 77 des Gesetzes vom 21. Mai 1891, betr. die Verwaltung der Gemeinden, Stiftungen und Amtskörperschaften, bestimmten Abänderungen fortgeführt. Dem seit dem 19. Februar 1879 im Amte befindlichen Stiftungs- und Armenpfleger H. war

diese Stelle zunächst auf bestimmte Zeitperioden, letztmals am 17. Dezember 1891 auf die Dauer von sechs Jahren übertragen worden. Am 24. April 1897 schritt der Stiftungsrat E. „wegen Ablaufs der Wahlperiode" zu einer neuen Wahl, wobei zunächst bestimmt wurde, daß die Wahl auf Lebensdauer stattfinden solle, und sodann der bisherige Stiftungspfleger H. wiedergewählt wurde. Das gem. Oberamt E. versagte aber mit Erlaß vom 29. April 1897 der Wahl H.s auf Lebensdauer seine Bestätigung und erteilte diese nur bis zum Vollzug des Ausscheidungsverfahrens, indem es davon ausging, daß es nicht statthaft sei, durch eine Wahl auf Lebenszeit die Vertretung der künftigen Pfarrgemeinde in der freien Auswahl ihres Rechners zu behindern. Von dieser Entschließung des gemeinschaftlichen Oberamts wurde in den Prämissen zur Stiftungs- und Armenpflegerechnung von 1897/98 bis 1901/02 alljährlich Vormerkung gemacht, ohne daß der Rechnungssteller H. oder der Stiftungsrat E., dem jeweils die Durchsicht der Rechnung oblag, je Widerspruch dagegen erhoben hätte. Am 17. März 1904 beschloß der Stiftungsrat E., übrigens ohne Mitwirkung der Ortsgeistlichen, gegen die ihm angeblich erst am 5. März 1904 eröffnete Entschließung des gemeinschaftlichen Oberamts vom 29. April 1897 wegen der darin enthaltenen, nach Ansicht des Stiftungsrats gesetzlich unzulässigen zeitlichen Beschränkung der Wiederbestellung H.s zum Stiftungspfleger Beschwerde bei der Kreisregierung zu erheben. Dieser Beschwerde schloß sich Stiftungspfleger H. an. Die Regierung des Donaukreises wies aber mit Erlaß vom 6. Mai 1904 die Beschwerden als unzulässig ab, und zwar diejenige des Stiftungsrats, weil dieser zu der Sitzung vom 17. März 1904 vom weltlichen Vorstand allein, also nicht gesetzmäßig berufen worden sei und in dieser Sitzung daher keine gültigen Beschlüsse habe fassen können, diejenige H.s deshalb, weil er, obwohl der Erlaß des gem. Oberamts vom 29. April 1897 unzweifelhaft zu seiner Kenntnis gekommen sei, gegen denselben binnen angemessener Frist keine Beschwerde erhoben und daher auf

das Beschwerderecht verzichtet habe.

Während sich der Stiftungsrat bei der Entscheidung der Kreisregierung beruhigte, erhob Stiftungspfleger H. dagegen weitere Beschwerde an das Ministerium des Innern, in welcher er auszuführen versuchte, daß ein Verzicht auf das Beschwerderecht seinerseits nach Lage der Verhältnisse nicht angenommen werden könne und daß die der Bestätigung seiner Wahl durch das gem. Oberamt beigefügte zeitliche Beschränkung gesetzlich unzulässig gewesen sei und deshalb als nicht beigefügt zu gelten habe. Das Ministerium des Innern wies jedoch durch Erlaß vom 1. Juli 1904 die Beschwerde als unbegründet ab. Die gegen die Entscheidung des Ministeriums erhobene Rechtsbeschwerde des H. wurde zurückgewiesen.

Aus den Gründen:

Der Beschwerdeführer glaubt die Verletzung eines ihm zustehenden Rechts darin finden zu können, daß seine vom Stiftungsrat E. beschlossene Wiederbestellung zum Stiftungspfleger auf Lebenszeit von dem zur Bestätigung der Wahl berufenen gemeinschaftlichen Oberamt in gesetzlich unzulässiger Weise auf die Zeit bis zum Vollzug der Kirchenvermögensausscheidung beschränkt worden sei. Diese Auffassung wäre dann begründet, wenn für den Beschwerdeführer schon aus der durch den Stiftungsrat vollzogenen Wahl ein Recht auf das Amt erwachsen und in dieses Recht vom gemeinschaftlichen Oberamt ohne gesetzliche Befugnis eingegriffen worden wäre. Dies trifft aber keineswegs zu. Nach dem für den vorliegenden Fall noch maßgebenden § 124 des Verwaltungsedikts vom 1. März 1822 bedurfte es zur Bestellung des Stiftungspflegers der Wahl durch den Stiftungsrat und der Bestätigung durch das gemeinschaftliche Oberamt. Zur rechtsgültigen Bestellung waren hienach Entschließungen der beiden zur Mitwirkung berufenen Behörden erforderlich; die einseitige Entschließung einer derselben, wie sie in der Wahl durch den Stiftungsrat gegeben ist, vermochte für sich allein ein Recht auf Lebenszeit für den Gewählten nicht zu begrün-

den. Der Entschließung der zur Bestätigung berufenen Behörde sind durch das Gesetz keine Schranken gesetzt: sie entscheidet über die Erteilung oder Versagung der Bestätigung nach freiem pflichtmäßigem Ermessen und es kann daher die hiewegen getroffene Entscheidung gemäß Art. 13 Abs. 2 des Gesetzes vom 16. Dezember 1876 mit der Rechtsbeschwerde nicht angefochten werden. Diese Rechtslage wird auch vom Beschwerdeführer im allgemeinen nicht bestritten, er ist aber der Anschauung, daß die Bestimmung der Dauer der Anstellung ausschließlich dem Stiftungsrat zukomme und der Kognition der Aufsichtsbehörde entzogen sei. Dieser Anschauung vermag der Verwaltungsgerichtshof nicht beizupflichten. Die Bestimmung der Art bezw. der Dauer der Anstellung eines öffentlichen Beamten bildet, sofern sie nicht vom Gesetz selbst vorgeschrieben ist, einen wesentlichen Bestandteil des Anstellungsaktes. Ist die Bestellung des Beamten an die Bestätigung der Aufsichtsbehörde geknüpft, so erstreckt sich die letztere daher auch auf die Bestimmung der Anstellungsdauer, soweit nicht etwa das Gesetz eine gegenteilige Vorschrift enthält. Indem das Verwaltungsedikt in § 124 Abs. 2 vorschreibt, daß die Stiftungspfleger entweder auf Lebenszeit oder auf eine bestimmte Zeit, wenigstens aber auf drei Jahre zu wählen seien, bringt es zum Ausdruck, daß es in Uebereinstimmung mit den dargelegten allgemeinen Grundsätzen die Bestimmung der Anstellungsdauer als einen integrierenden Bestandteil der Bestellung des Beamten betrachtet, und da diese nach § 124 Abs. 1 der Bestätigung der Aufsichtsbehörde ohne irgend eine Beschränkung unterworfen ist, so ergibt sich hieraus, daß mit der Bestellung selbst auch die Dauer der Anstellung jener Bestätigung unterliegt.

Durch den Erlaß des K. gemeinsch. Oberamts E. vom 29. April 1897 ist der am 24. dess. Mts. vollzogenen Wahl des Beschwerdeführers zum Stiftungspfleger auf Lebenszeit ausdrücklich die Bestätigung versagt worden; diese Wahl ist daher nicht auf Lebenszeit zu rechtlicher Wirksamkeit gelangt. Die Erhebung einer Rechtsbeschwerde hiegegen ist nach dem

oben Bemerkten ausgeschlossen.

Hiebei kann dahingestellt bleiben, ob der Beschwerdeführer, zu dessen Kenntnis die oberamtliche Entschließung vom 29. April 1897 zweifellos alsbald gekommen ist, nicht dadurch diese anerkannt und auf die Erhebung einer Beschwerde dagegen verzichtet hat, daß er sich dabei viele Jahre lang beruhigte und den Inhalt der Entschließung in den Prämissen zu der von ihm gestellten Stiftungspflegerechnung alljährlich vortrug, ohne irgendwelche Einwendung dagegen zu erheben.

Urteil vom 2. November 1904 in der Rechtsbeschwerdesache H.

8.

Zu §§ 3 und 49 des Krankenversicherungsgesetzes vom 15. Juni 1883 und Art. 38 Abs. 1 des Gesetzes vom 25. Juni 1894, betreffend die Pensionsrechte der Körperschaftsbeamten.

Als die Stadtgemeinde C. am 1. April 1891 von einer Aktiengesellschaft das Gaswerk übernahm, trat sie in die Verträge mit den Beamten und Angestellten des Gaswerks ein; zu diesen gehörte auch der Gasmeister M. N.: er war am 1. Februar 1882 bei der Aktiengesellschaft in Dienst getreten; am 8. März 1887 erfolgte die Anstellung auf 10 Jahre unter dem Vorbehalt der vierteljährlichen Kündigung nach Ablauf dieser Frist; am 2. Januar 1896 wurde ihm von den bürgerlichen Kollegien der bestehende Dienstvertrag ausdrücklich bestätigt und beschlossen, daß die Beiträge zur Kranken- und Invalidenversicherung von der Stadtkasse ohne Inanspruchnahme der Arbeiter getragen werden sollen; am 1. April 1897 wurde dem N. zu dem festen Gehalt von 1320 M., neben dem einige weitere Bezüge, insbesondere freie Wohnung, Beleuchtung und Heizung hergingen, eine Erhöhung von jährlich 200 M. verwilligt; am 15. September 1897 wurde der Dienstvertrag auf unbestimmte Zeit unter

Beibehaltung der vierteljährlichen Kündigung verlängert. Beim Inkrafttreten des Körperschaftspensionsgesetzes vom 25. Juni 1894, am 1. Januar 1895, unterblieb zunächst aus Versehen die Anmeldung des N.; infolge eines Antrags des N. und eines entsprechenden Beschlusses des Gemeinderats C. vom 3. Mai 1897 verfügte die Kreisregierung Ellwangen am 8. Juli 1897 die Aufnahme des N. in das Besoldungskataster der Pensionskasse mit einem pensionsberechtigten Einkommen von 1650 M., das sich vom 1. Oktober 1900 an auf 2000 M. erhöhte, und mit Rückwirkung auf 1. Januar 1895. N. war Mitglied der im Jahre 1887 für den Oberamtsbezirk C. gegründeten gemeinsamen Bezirks-Gemeinde-Krankenversicherung; auch nach seinem Beitritt zur Körperschaftspensionskasse wurden die Krankenversicherungsbeiträge seitens der Stadtgemeinde C. an die Bezirks-Gemeinde-Krankenversicherung fortbezahlt und zwar für die Zeit vom 1. Januar 1895 bis 11. Januar 1902 im unbestrittenen Betrage von 65 M. 96 Pf.

Auf Antrag der Stadtgemeinde C. verpflichtete das Oberamt C. als Aufsichtsbehörde durch Bescheid vom 6. Februar 1904 die Bezirks-Gemeinde-Krankenversicherung zur Rückerstattung dieser 65 M. 96 Pf. Der Verwaltungsausschuß der Krankenversicherung focht diesen Bescheid rechtzeitig durch Einreichung einer Klage bei der Kreisregierung in Ellwangen an und beantragte unter Aufhebung des oberamtlichen Bescheids die kostenfällige Abweisung des Erstattungsanspruchs. Die Kreisregierung erachtete für entscheidend die Vorschrift des § 2 b des Krankenversicherungsgesetzes und stellte unter diesem Gesichtspunkt mit dem Urteil vom 3. November 1904 für die Zeit vom 1. Januar 1895 bis 31. März 1897 hinsichtlich eines Betrags von 20 M. 70 Pf. das Nichtbestehen der Rückerstattungspflicht, dagegen für die Zeit vom 1. April 1897 bis 11. Januar 1902 hinsichtlich eines Betrags von 45 M. 26 Pf. das Bestehen der Erstattungspflicht fest, indem sie davon ausging, daß N. seit 1. April 1897 ständig einen 2000 M. übersteigenden Gehalt bezogen habe.

Gegen dieses Urteil hat die beklagte Stadtgemeinde rechtzeitig die Berufung an den Verwaltungsgerichtshof eingelegt; die Klägerin hat sich der Berufung angeschlossen und den Antrag erster Instanz wiederholt. Auf die Berufung der beklagten Stadtgemeinde wurde die Klägerin mit ihrer Klage in deren ganzem Umfang abgewiesen.

Gründe:

Gemäß § 3 des Krankenversicherungsgesetzes in der Fassung des Reichsgesetzes vom 15. Juni 1883 (Reichsges.Bl. von 1883 S. 381) sind von der Versicherungspflicht ausgenommen die im Dienste eines Kommunalverbands beschäftigten Personen, welche dem Kommunalverband gegenüber in Krankheitsfällen Anspruch auf Fortzahlung des Gehalts mindestens für 13 Wochen nach der Erkrankung haben. Nach Art. 38 Abs. 1 des am 1. Januar 1895 in Kraft getretenen Gesetzes, betr. die Pensionsrechte der Körperschaftsbeamten und ihrer Hinterbliebenen, vom 25. Juni 1894 ist ein Körperschaftsbeamter ohne Rücksicht auf seine Zugehörigkeit zur Pensionskasse im Falle der Dienstverhinderung durch Krankheit nicht verpflichtet, zu den von der Körperschaftskasse zu tragenden Kosten einer bestellten Amtsverweserei Beiträge zu leisten, solange die Verhinderung nicht über sechs Monate dauert; seit 1. Januar 1895 müssen also einem Körperschaftsbeamten im Krankheitsfalle sechs Monate lang die festen Gehaltsbezüge, insbesondere der Geldgehalt und die freie Dienstwohnung, ungeschmälert fortgereicht werden. Hiernach ist bei dem städtischen Gasmeister N. mit dem 1. Januar 1895 die in dem erwähnten § 3 des Krankenversicherungsgesetzes vorgesehene Voraussetzung der Befreiung von der Krankenversicherungspflicht eingetreten. Es ist daher nicht nötig, die von der Kreisregierung für maßgebend erachtete Frage, ob N. in dem fraglichen Zeitraum oder während eines Teils desselben einen den Jahresbetrag von 2000 M. übersteigenden Gehalt im Sinne des § 2 b des KVG. bezog und aus diesem Grunde von der Versicherungspflicht befreit war, einer weiteren Prüfung zu unterziehen.

Mit der auf Grund des Gesetzes erfolgten Befreiung des N. von der Krankenversicherungspflicht ist ohne weiteres für ihn und für seinen Arbeitgeber die Verpflichtung zur Fortleistung von Versicherungsbeiträgen weggefallen; die von der Klägerin aus § 49 KVG. abgeleitete Einwendung, die Beklagte sei zur Abmeldung des N. verpflichtet gewesen und habe wegen Versäumung dieser Verpflichtung die Beiträge weiterzuzahlen gehabt, ist von der Kreisregierung mit Recht als irrtümlich zurückgewiesen worden, denn die Pflicht zur Abmeldung bezieht sich nach dem klaren Wortlaut des § 49 KVG. nur auf versicherungspflichtige Personen und nur auf den Fall der Beendigung der bisherigen Beschäftigung — Voraussetzungen, die bei N. zurzeit seines Ausscheidens aus der Krankenversicherungspflicht nicht gegeben waren.

Das in der Zeitschrift für Arbeiterversicherung Jahrg. 1904 S. 354 ff. abgedruckte Urteil des Reichsgerichts vom 20. Novbr. 1903, auf das der Vertreter der Klägerin Bezug genommen hat, bezieht sich in der Hauptsache auf die Abmeldung von versicherungspflichtig gewesenen, aus der seitherigen Beschäftigung ausgeschiedenen Personen und außerdem auf Personen, bei denen die Versicherungspflicht infolge der Erhöhung des Jahreseinkommens über 2000 M. weggefallen ist, während es sich im vorliegenden Falle um den Wegfall der Versicherungspflicht infolge einer Aenderung der Gesetzgebung handelt. Da der § 49 Abs. 1 K.Vers.G. nach seinem Wortlaut die Abmeldung nur bei *versicherungspflichtigen* aus der seitherigen Beschäftigung ausgetretenen Personen vorschreibt und der § 52 Abs. 1 ausdrücklich die Fortzahlung der Beiträge bis zu der *durch § 49 vorgeschriebenen Abmeldung* anordnet und eine der Billigkeit entsprechende Rückerstattung der Beiträge nur für den Fall vorsieht, daß eine rechtzeitig abgemeldete Person innerhalb der Zahlungsperiode *aus der bisherigen Beschäftigung ausscheidet*, ist es nicht angängig, die Abmeldung mit den Folgen des § 52 Abs. 1 über den Wortlaut des Gesetzes hinaus auch für einen Fall zu ver-

langen, in dem die Versicherungspflicht durch eine notorische Tatsache, deren Kenntnis jedermann zugänglich ist, wie die Erlassung eines neuen Gesetzes, in Wegfall kommt.

Die Krankenversicherungsbeiträge, welche die Beklagte in der Zeit vom 1. Januar 1895 bis 11. Januar 1902 im unbestrittenen Gesamtbetrage von 65 M. 96 Pf. für N. an die Klägerin bezahlt hat, sind nach dem Ausgeführten ohne rechtliche Verpflichtung entrichtet worden; sie können daher nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen auf Grund des § 58 KVG. seitens der Beklagten zurückverlangt werden (vgl. Göz, Verwaltungsrechtspflege S. 528/9). Daß dieser Erstattungsanspruch der Beklagten durch Verjährung erloschen wäre, ist nicht nachgewiesen.

Urteil vom 8. Februar 1905 in der Berufungssache der Stadtgemeinde Crailsheim gegen die Bezirks-Gemeindekrankenversicherung Crailsheim.

9.

Unterliegt das Einkommen aus einer Unterbeteiligung an einer offenen Handelsgesellschaft der Kapitalsteuer?

Die jetzt in St. wohnende Witwe R. S. hat, nachdem sie nach dem Ableben ihres Ehemanns, des Fabrikanten J. S. in C. die allgemeine Gütergemeinschaft mit ihren Kindern fortgesetzt hatte, durch Vertrag vom 10. April 1903 mit Wirkung vom 15. Juni 1902 an das ihr auf Kapitalkonto der Firma S. u. Co. zustehende Guthaben an die Firma an ihren Sohn M. S. in C. abgetreten, der die Summe dieses Guthabens als seine Einlage in die Firma S. u. Co. eingebracht hat. In dem zwischen L. und X. S. einerseits und M. S. und seiner Mutter andererseits am gleichen Tage abgeschlossenen Vertrage ist ferner bestimmt, daß M. S. mit seiner Mutter einen Separatvertrag abschließe, worin die Bedingungen, unter welchen die Abtretung der Summe erfolge, nach ihrem freien Ermessen festzusetzen seien, und daß M. S. ohne schriftliche Zustimmung seiner Mutter nicht berechtigt sein solle,

den ihm von ihr abgetretenen Geschäftsanteil zu veräußern oder zu verpfänden. Gleichfalls am 10. April 1903 und mit Wirkung vom 15. Juni 1902 an ist zwischen L., X. und M. S. der Gesellschaftsvertrag über das Fortbestehen der offenen Handelsgesellschaft S. u. Co. mit dem Sitze in C., U. und B. zustande gekommen. Sie sind die Gesellschafter der offenen Handelsgesellschaft; das Recht der Geschäftsführung und der Vertretung der Gesellschaft steht jedem von ihnen für sich zu. Der Gesellschaftsvertrag ist bis zum 15. Juni 1905 unkündbar geschlossen; von da an läuft der Vertrag auf unbestimmte Zeit weiter, kann jedoch von jedem Gesellschafter unter Einhaltung einer einjährigen Kündigungsfrist gekündigt werden. Die Einlagen von L., X. und M. S. ergeben sich aus der Bilanz vom 15. Juni 1902 und werden in dieser Höhe gegenseitig anerkannt. In den §§ 4 und 5 ist bestimmt: „Es wird jährlich zweimal Bilanz gemacht und zwar per Mitte Juni und per Mitte Dezember. Bezüglich Abschreibungen und Amortisationen sind die bisher befolgten Grundsätze des Geschäfts auch für die Zukunft maßgebend. Reingewinn wird erst nach Abzug aller Unkosten, Tantiemen, Abschreibungen und gegenseitiger 5%iger Verzinsung der Einlagen als vorhanden angenommen und gelangt zweimal im Jahr auf Grund der beiden Bilanzen zur Verteilung. Vom Reingewinn erhalten 1) A. Z. in St. 3% ..., 2) A. R. 12% ..., 3) 4% ein zu Gunsten verschiedener Angestellter bestimmtes Tantiemekonto ..., 4) je 27% die drei Gesellschafter L., X. und M. S. An dem Geschäftsverluste partizipieren die drei Gesellschafter mit 33,33%, also je mit $^1/_3$". Nach § 7 kann jeder Gesellschafter bis zu einer Million M. in die Gesellschaft zum Zinsfuß von 5% einlegen; eine weitere Erhöhung der Einlage, sowie die Verzinsung eines solchen Mehrbetrags bedarf besonderer Vereinbarung.

In dem Vertrage, den die Witwe R. S. mit ihrem Sohn M. S. am 10. April 1903 abgeschlossen hat, ist zunächst angeführt: Vermöge des an diesem Tage zwischen L.,

X. und M. S. abgeschlossenen neuen Gesellschaftsvertrags seien diese drei die alleinigen und gleichberechtigten offenen Gesellschafter der Firma S. u. Co. und sei M. S. in den Geschäftsanteil seines verstorbenen Vaters eingetreten; um dem Sohne M. die Uebernahme dieses Geschäftsanteils zu ermöglichen, trete R. S. mit Wirkung vom 15. Juni 1902 an das ihr auf Kapitalkonto der Firma S. u. Co. zustehende Guthaben an diese an M. S. ab und lasse sie den genannten Kapitalkonto auf seinen Namen in den Büchern der Firma S. u. Co. übertragen. Sodann sind zur Regelung des durch diese Abtretung zwischen der Mutter R. S. und M. S. entstehenden „Schuldverhältnisses" die näheren Bestimmungen vereinbart, von denen folgende hier anzuführen sind: Nach Ziffer I wird der Kapitalkonto um den Nominalwert abgetreten und dem M. S. ohne Sicherheitsleistung als eine zu 5% verzinsliche Schuld angeborgt, woneben R. S. an dem auf den abgetretenen Geschäftsanteil entfallenden Gewinn oder Verlust mit 50% beteiligt bleibt... Nach Ziff. VI sind der Witwe R. S. zur Bestreitung ihres Familienhaushalts auf Abrechnung an ihrem Zins und Gewinnanteil für Rechnung des M. S. durch die Firma S. u. Co. in möglichst gleichen Monatsraten 50 000 M. jährlich abzuliefern, was in den Büchern der Firma vorzumerken ist; über diese Bezüge wird M. S. seiner Mutter ein Kontokorrent eröffnen und halbjährlich Kontokorrentauszüge erteilen. M. S. ist am 10. Dezember 1878 geboren. Nach Ziffer VII des Vertrags ist er nach erreichtem dreißigstem Lebensjahr berechtigt und verpflichtet, seiner Mutter, deren Beteiligung an seinem Geschäftsanteil damit vollständig erlischt, den ganzen Betrag des abgetretenen Geschäftsanteils, wie er sich aus der letztvorhergegangenen Bilanz ergibt, zuzüglich ihres etwaigen Guthabens auf Kontokorrent, in sechs jährlichen Raten zurückzuzahlen....

Von dem mit ihrem Sohn M. abgeschlossenen Vertrag hat die Witwe R. S., als sie ihre Kapitalsteuerfassion auf den 1. April 1904 bei dem Hauptsteueramt St. einreichte, mit dem

Anfügen Anzeige gemacht, daß sie mit dem Einkommen aus diesem Rechtsverhältnis, da es sich nicht um feste, sondern durch den Gewinn und Verlust der Firma S. u. Co. bedingte Verzinsung handle, nicht gleichfalls kapitalsteuerpflichtig zu sein glaube; nach ihrer Angabe bezifferte sich auf den 1. April 1904 der Betrag ihres Guthabens auf ..... M. Das Hauptsteueramt hat ihr hierauf aus ..... M. als dem 5%igen Zinsertrag dieser ..... M. die Kapitalsteuer für den Staat und die Gemeinde für das Steuerjahr 1904/5 mitangesetzt.

Die hiegegen erhobene Beschwerde ist von dem Steuerkollegium Abteilung für direkte Steuern am 24. August und hernach von dem Finanzministerium am 30. November 1904 als unbegründet abgewiesen worden.

Gegen diese Ministerialentscheidung hat die Witwe R. S. die Rechtsbeschwerde an den Verwaltungsgerichtshof erhoben mit dem Antrag, daß die Verfügung des Finanzministeriums als nicht zu Recht bestehend außer Wirkung gesetzt werde.

Der Verwaltungsgerichtshof hat der Rechtsbeschwerde stattgegeben.

Gründe:

1. In dem zwischen der Beschwerdeführerin und ihrem Sohn M. S. am 10. April 1903 abgeschlossenen Vertrag, der in Verfolgung eines gemeinsamen Zwecks dem M. S. den Eintritt in die offene Handelsgesellschaft S. u. Co. als deren Teilhaber ermöglichte und der Beschwerdeführerin für sich und ihre anderen Kinder für einen mehrjährigen Zeitraum die Fortdauer ihrer bisherigen Einkünfte zum größeren Teil sicherte, ist zwar gesagt, daß der von der Beschwerdeführerin um den Nominalwert — von ..... M. (so hoch belief sich zufolge der von dem Verwaltungsgerichtshof eingezogenen Auskunft nach dem Stande vom 15. Juni 1902 das Geschäftsanteilsguthaben der Beschwerdeführerin) — abgetretene Kapitalkonto dem Sohne M. als eine verzinsliche Schuld angeborgt werde, und sind auch an andern Stellen

die Ausdrücke Schuld und Heimzahlung der Schuld, Zins und Verzinsung gebraucht. Dagegen ist nirgends von einem Darlehensvertrag oder der Hingabe, Kündigung und Zurückzahlung eines Darlehens die Rede und wiederholt wird das Vertragsverhältnis als eine Beteiligung der Beschwerdeführerin an dem Geschäftsanteil ihres Sohnes M. S. an der offenen Handelsgesellschaft S. u. Co. bezeichnet. In der Tat liegt — die Vertragsbestimmungen in ihrem Zusammenhang betrachtet — ein Gesellschaftsvertrag zwischen der Beschwerdeführerin und ihrem Sohne M. S. vor, der eine Unterbeteiligung an dem Betrieb der offenen Handelsgesellschaft S. u. Co. in der Weise zum Gegenstand hat, daß die zwischen der Beschwerdeführerin und M. S. bestehende auf Gewinn gerichtete Gesellschaft nicht nach außen als Erwerbsgesellschaft in die Erscheinung tritt, sondern die Erwerbstätigkeit des M. S. mit seiner Teilhaberschaft an der Firma S. u. Co. zusammenfällt, während die Beschwerdeführerin ihrerseits eine Tätigkeit für die Gesellschaft überhaupt nicht ausübt und ihrem Sohn zur Mittragung etwaiger Verluste keinenfalls über den Betrag ihrer Einlage hinaus verpflichtet ist. Damit, daß die Beschwerdeführerin das ihr auf Kapitalkonto der Firma S. u. Co. zustehende Guthaben an diese Firma in der Höhe von ..... M. an ihren Sohn M. S. abgetreten hat und diesen Kapitalkonto auf seinen Namen in den Büchern dieser Firma übertragen ließ, hat nicht nur M. S. seine Vermögenseinlage in die offene Handelsgesellschaft S. u. Co. an diese, sondern auch die Beschwerdeführerin ihrerseits die entsprechende Einlage in die mit ihrem Sohn eingegangene Gesellschaft diesem geleistet, während andererseits M. S. in diese Gesellschaft sein Recht auf Gewinnbeteiligung bei der offenen Handelsgesellschaft S. u. Co., worauf er vermöge seiner Einlage und seiner Geschäftsbetätigung bei dieser Anspruch hat, eingebracht hat. Der Bestand der Unterbeteiligung an dem Betrieb der offenen Handelsgesellschaft S. u. Co. ist der Beschwerdeführerin durch die Vereinbarungen ge-

sichert, wonach ohne ihre Zustimmung M. S. an den Bestimmungen seines Gesellschaftsvertrags mit der Firma S. u. Co. keine Aenderungen vornehmen darf, welche auf solche Rechte und Verpflichtungen, an welchen sie mitinteressiert ist, Bezug haben, wonach er ohne ihre Zustimmung den Geschäftsanteil nicht ganz oder teilweise zurückziehen darf und wonach er frühere Kapitalrückzahlungen nur in dem Falle, wenn ihm von anderer Seite eigene Mittel zufließen, und nicht in einem die Hälfte des Guthabens der Beschwerdeführerin überschreitenden Betrage machen kann. Ihm und seinen Mitteilhabern ist zwar vorbehalten, das Geschäft in eine Aktiengesellschaft oder eine Kommanditgesellschaft auf Aktien oder eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung umzuwandeln, welchenfalls der Beschwerdeführerin, eventuell ihren Erben das Recht auf Zurückzahlung ihres ganzen Guthabens innerhalb einer dreimonatlichen Frist zusteht; auf Verlangen seiner Mutter hat aber M. S. die Rückzahlung zur Hälfte in Aktien oder Anteilen der Aktiengesellschaft oder Kommanditaktiengesellschaft zu leisten.

Nach Ziff. 1 des zwischen der Beschwerdeführerin und M. S. geschlossenen Vertrags wird diesem der abgetretene Kapitalkonto als eine zu 5% verzinsliche Schuld angeborgt, woneben die Beschwerdeführerin an dem auf den abgetretenen Geschäftsanteil entfallenden Gewinn und Verlust mit 50% beteiligt bleibt. Für den Fall der Veräußerung der der Firma S. u. Co. gehörigen Grundstücke und Gebäulichkeiten und für den Fall einer Veräußerung vorhandener Wasserkräfte verbleibt der Beschwerdeführerin an dem im Vergleich zu den Buchwerten erzielten Gewinn ebenderselbe Anteil wie an dem jährlichen Betriebsgewinn. Die drei Teilhaber der offenen Handelsgesellschaft S. u. Co. haben in ihrem Gesellschaftsvertrag hinsichtlich der Gewinnverteilung keinen Gebrauch von der dispositiven Bestimmung des § 121 des Handelsgesetzbuchs, welche den Ausdruck „Zinsen" aus den Kapitalanteilen vermeidet (Staub, Kommentar zum HGB. 6./7. Aufl. Bd. I zu § 121 Anm. 1 S. 378), gemacht, son-

dern, indem sie die Vorzugsgutschrift auf 5% erhöhten, im Anschluß an Art. 106 des alten Handelsgesetzbuchs festgesetzt, daß Reingewinn erst nach Abzug nicht nur aller Unkosten, Tantiemen und Abschreibungen, sondern auch der gegenseitigen 5%igen Verzinsung der Einlagen als vorhanden angenommen werde. Für das Vertragsverhältnis zwischen der Beschwerdeführerin und M. S. war jede in Prozenten der Einlage sich berechnende Vorzugsgutschrift durch vertragsmäßige Festsetzung bedingt; BGB. § 722 Abs. 1 und Staub a. a. O. zu § 337 Anm. 3 S. 1003. Nach der getroffenen vertragsmäßigen Festsetzung werden ihr, gleichwie dem M. S. von seinem Aktivsaldo 5% vergütet werden, auch aus ihrem Guthaben 5% vergütet; zugleich entfällt auf sie von dem sich auf 27% belaufenden Anteil des M. S. an dem zu berechnenden Geschäftsgewinn der Firma S. u. Co. die Hälfte, sie ist aber auch an einem von M. S. zu ein Drittel zu tragenden Verlust hälftig beteiligt. Auf Abrechnung an ihrem Zins- und Gewinnanteil sollen ihr zur Bestreitung ihres Familienhaushalts für Rechnung des M. S. alljährlich 50 000 M. in möglichst gleichen Monatsraten durch die Firma S. u. Co. abgeliefert werden.

Trotz der in dem Vertrage vorkommenden Ausdrücke „verzinsliche Schuld", „Zins", „Verzinsung" kann der der Beschwerdeführerin zustehende Anspruch auf den Bezug der Vergütung der 5% aus dem Geschäftsanteil nicht als eine für sich bestehende Einkommensquelle von der Beteiligung der Beschwerdeführerin an dem auf M. S. entfallenden Anteil an dem bilanzmäßigen Betriebsgewinn und Verlust der Firma S. u. Co. getrennt werden.

Zu der Ziff. I des von der Beschwerdeführerin mit M. S. geschlossenen Vertrags ist von den Bevollmächtigten der Beschwerdeführerin die Auskunft gegeben worden, daß von Anfang an nach der Absicht der Beteiligten und der tatsächlichen Handhabung der Vertragsberedung die der Beschwerdeführerin zu vergütenden 5% Zinsen nicht aus der gleichbleibenden Summe von ..... M. (der eine Million Mark

übersteigende Betrag ist mitverzinst worden), sondern aus den bei den jeweiligen halbjährlichen Abschlüssen sich ergebenden Summen zu berechnen waren, und daß auch daraus ein Zinsenzuwachs entsteht, daß die Beschwerdeführerin von ihrem Zins- und Gewinnanteil nicht mehr als 50 000 M. jährlich zur Bestreitung des Familienhaushalts für Rechnung des M. S. von der Firma S. u. Co. ausbezahlt erhält. Nachdem es am 15. Juni 1903 die Summe von ..... M. erreicht hatte, hat auf den Stand des 1. April 1904 sich das Guthaben der Beschwerdeführerin — in der Hauptsache infolge Ausstattung einer Tochter und infolge Ausstattung des Sohns M. — auf den Betrag von ..... M. vermindert. Zugleich durchdringt aber auch die Mitbeteiligung der Beschwerdeführerin an etwaigem Verluste das zwischen ihr und ihrem Sohn bestehende Vertragsverhältnis in der ganzen ihm von den Vertragsschließenden gegebenen Gestaltung. Ob ihr in jedem Jahre zur Bestreitung des Familienhaushalts der Betrag von 50 000 M. auf Abrechnung an ihren wiederkehrenden Bezügen ohne Gegenrechnung eines Verlustanteils ausbezahlt werden kann, ob für den jeweiligen Geschäftsanteil die Vergütung von 5% ihr ohne Gegenrechnung eines Verlustanteils gewährt werden kann, oder ob ihr ein geringerer Prozentsatz oder gar keine Vergütung verbleibt, ist fortdauernd von den Ergebnissen des Betriebs der offenen Handelsgesellschaft S. u. Co., wie sie durch die halbjährlichen Bilanzen für die Teilhaber festgestellt werden, abhängig. Nach Vollendung des 30. Lebensjahrs hat nach Ziff. VII des Vertrags M. S. der Beschwerdeführerin bezw. im Falle ihres Vorabsterbens ihren Erben den Betrag des abgetretenen Geschäftsanteils, wie er sich aus der letztvorhergegangenen Bilanz ergibt (zuzüglich des etwaigen Guthabens der Beschwerdeführerin auf Kontokorrent) in sechs jährlichen Raten zurückzuzahlen. Sollte es aus einem anderen Grunde als dem der Umwandlung des Geschäfts in eine andere Gesellschaftsform zur Auflösung und Liquidation der Firma S. u. Co. kommen, so erstreckt sich nach Ziff. III des

Vertrags die Beteiligung der Beschwerdeführerin am Gewinn und Verlust in gleicher Weise auf das Ergebnis der Liquidation. Den Fall gesetzt, daß die Beschwerdeführerin von einem Privatgläubiger in Anspruch genommen würde, hätte dieser seine Befriedigung nicht in einer ihr gegen M. S. zustehenden besonderen verzinslichen Forderung oder dem Zinsertrag hieraus, sondern in dem Guthaben im ganzen, welches der Beschwerdeführerin bei der Auseinandersetzung mit M. S. zufällt, bezw. in ihrem Zins- und Gewinnanteil in der Gesamtheit zu suchen.

Nach dem Ausgeführten ist die durch den Vertrag zwischen der Beschwerdeführerin und M. S. geregelte Unterbeteiligung an der offenen Handelsgesellschaft S. u. Co. privatrechtlich als eine auf Gewinn gerichtete, aber nicht äußerlich als Erwerbsgesellschaft hervortretende Gesellschaft des Bürgerlichen Gesetzbuchs aufzufassen, auf welche nach dem Willen der Vertragschließenden nicht die auf die Außengesellschaften bezüglichen dispositiven Bestimmungen dieses Gesetzbuchs, sondern soweit angängig für die Rechtsstellung der Beschwerdeführerin die Bestimmungen des Handelsgesetzbuchs über die stille Gesellschaft Anwendung finden [1]).

2. Nach dem Gesetz vom 28. April 1873 Art. 91 Ziff. 3 sind in Württemberg bei der Einschätzung der offenen Handelsgesellschaft S. u. Co. zur Gewerbesteuer das aus der Abtretung des Geschäftsanteils entstandene Guthaben der Beschwerdeführerin an M. S. nicht an dem Betriebskapital der Firma und die jährlichen Bezüge der Beschwerdeführerin von M. S. nicht an dem Betriebsertrag der Firma in Abzug zu bringen und ein derartiger Abzug hätte auch nicht zu geschehen, wenn die Beschwerdeführerin an dem Handelsgewerbe der offenen Handelsgesellschaft als deren stille Gesellschafterin

1) Vgl. Staub a. a. O. zu § 335 Anm. 19—21 S. 997 und Anm. 38 S. 1001; Exk. zu § 122 Anm. 31 S. 389 und Exk. zu § 342 S. 1019 ff. insbes. Anm 10, 11, 24, 31, 32; RGE. in Civilsachen Bd. 45 S. 39 f.; Neumann, Jahrb. des Deutschen Rechts 2. Jahrg. S. 192; Deruburg, das bürgerl. Recht Bd. 2 Abt. 1 § 356 S. 534.

im Sinne der §§ 355 ff. des HGB. unmittelbar beteiligt wäre. Als solche wäre sie aber auch für das Steuerjahr 1. April 1904 / 31. März 1905 nicht kapitalsteuerpflichtig geworden und nicht anders verhält es sich mit ihren Einkünften aus der auf Grund ihres Vertrags mit M. S. bestehenden Unterbeteiligung.

Die zurzeit geltende Gesetzgebung ist in der Erfassung der Einkünfte, welche die am 1. April 1905 in Kraft tretenden Steuergesetze vom 8. August 1903 der Kapitalsteuer und hiemit übereinstimmend der Einkommensteuer als Erträgnis aus Kapitalien und Renten unterwerfen, unvollständig geblieben. Das Kapitalsteuergesetz vom 19. September 1852 Art. 1 Ziff. II lit. b hatte die Besteuerung von Renten oder Dividenden aus auf Gewinn berechneten Aktienunternehmungen davon abhängig gemacht, daß das betreffende Unternehmen nicht der württembergischen Gewerbesteuer unterlag. Das Gesetz vom 30. März 1872 Art. 1 Abs. 2 hat diese Einschränkung aufgehoben. Allein die Dividenden, Zinsen oder sonstigen Gewinnanteile von Gesellschaften mit beschränkter Haftung, von Berggewerkschaften und von einer stillen Gesellschaft sind in Art. 1 Abs. 1 Ziff. 2 des neuen Kapitalsteuergesetzes der Kapitalsteuer, wie in der Begründung des am 14. Mai 1895 bei der Ständeversammlung eingebrachten ersten Entwurfs des Gesetzes dargelegt ist, neu unterworfen worden [1]).

Es wird sich nach dem Inkrafttreten der neuen — auf Vollständigkeit angelegten — Steuergesetze darum handeln, das aus dem Gesellschaftsvertrage mit M. S. fließende Einkommen der Beschwerdeführerin nach Art. 1 Abs. 1 Ziff. 2 des Kapitalsteuergesetzes (wo die in dem ersten Entwurf enthaltene Hinweisung auf das Handelsgesetzbuch nicht beibehalten ist) der Kapitalsteuer und übereinstimmend hiemit nach Art. 14 Abs. 1 Ziff. 2 des Einkommensteuergesetzes (wo diese

1) Verh. der Kammer der Abgeordneten 1895/98 Beil. Bd. VII S. 383 f.

Bezugnahme auf das Handelsgesetzbuch gleichheitlich weggefallen ist) als Erträgnisse von Kapitalen und Renten der Einkommensteuer in der Weise zu unterwerfen, daß das schwankende Gesamterträgnis je nach dem vorangegangenen Steuerjahr in Berechnung genommen wird. Dagegen ist für das Steuerjahr 1904/5 die geschehene Besteuerung eines zum voraus berechneten Zinsenertrags, der in seinem Aufkommen nicht zum voraus feststeht und als zu dem wechselnden Gewinn aus dem Gesellschaftsvertrage mit M. S. gehörend nicht einer besonderen Einkommensquelle entfließt, nicht aufrecht zu erhalten.

Urteil vom 22. Februar 1905 in der Rechtsbeschwerdesache der Witwe R. S.

10.

Zu Art. 2 des Umsatzsteuergesetzes vom 28. Dezember 1899. (Kauf mit dem Vorbehalt, eine noch zu gründende Aktiengesellschaft als Käuferin zu bezeichnen).

Am 23. Dezember 1902 haben zu E. der Fabrikant O. B. daselbst, alleiniger Teilhaber der Firma Württ. Holzwaren-Manufaktur E. B. u. L., und der Fabrikant H. M. in Stg. einen schriftlichen, notariell beurkundeten „Kaufvertrag" geschlossen. § 1 dieses Vertrags lautet: „Es verkauft die Handelsfirma B. und L. — an H. M. — welch letzterer konstatiert, daß er für eine noch zu gründende Aktiengesellschaft mit noch festzustellendem Namen und Zweck erwerbe", Grundstücke (: ein Fabrikanwesen mit Gärten u. s. w. :) „um den Kaufpreis von 600 000 M." — Der Verkäufer verpflichtet sich zur Auflassung der heute von H. M. erworbenen Grundstücke je nach Wahl des letzteren an diesen selbst oder an eine von letzterem noch zu begründende Gesellschaft. Als Termin zur Auflassung ist Ende Januar 1903 festgesetzt. Käufer ist berechtigt, die bisherige Firma „Württ. Holzwarenmanufaktur u. s. w." fortzuführen". Das Bezirkssteueramt E. setzte darauf eine Umsatzsteuer für den Staat in Höhe von 7200 M., für die Gemeinden E. und O. in Höhe von 4280 M. an; ein entsprechender Steuerzettel ist dem General-

bevollmächtigten des H. M. am 30. Dez. 1902 zugestellt worden. In dem betreffenden Eintrag in Ziff. 5 des Umsatzsteuerverzeichnisses vom 4. Vierteljahr 1902 bemerkte das Bezirkssteueramt: „Der Käufer H. M. hat sich das Recht vorbehalten, spätestens bis Ende Januar 1903 eine noch zu gründende Aktiengesellschaft mit noch unbekanntem Namen als Käuferin bezeichnen zu dürfen".

Nach einem Notariatsprotokoll vom 10. Januar 1903 hat vor Notar P. in St. H. M. erklärt: „Ich anerkenne hiedurch ausdrücklich, daß die damals noch nicht näher bezeichnete zu gründende Aktiengesellschaft, für welche ich durch notarielle Urkunde vom 23. Dezember 1902 von Herrn O. B. — die" dort „bezeichneten Liegenschaften erworben habe, die heute — errichtete Württ. Holzwarenmanufaktur A. G. in E. ist. Ich anerkenne, daß dieselbe nach ihrer Eintragung ins Handelsregister berechtigt ist, die Auflassung der Liegenschaften gemäß diesem Vertrag an sie herbeizuführen, und verpflichte mich, dabei mitzuwirken". Der Termin zur Auflassung wurde durch eine am 31. Janr. 1903 zwischen B. und Vertretern „des Erwerbers" getroffene Vereinbarung auf längstens 30. April 1903 hinausgeschoben. Am 12. März bezahlte die neu gegründete Aktiengesellschaft die Umsatzsteuer mit 11480 M., auf dem Steuerzettel, der auf Verlangen der Aktiengesellschaft auf die „Württ. Holzwarenmanufaktur A. G. E." gestellt wurde, befindet sich der Vermerk: „Umsatzsteuer-Verzeichnis vom IV. Vierteljahr 1902 Nr. 5".

Am 27. April 1903 erschienen vor dem Grundbuchamt E. O. B., H. M. und zwei Vorstandsmitglieder der A. G. Württ. Holzwarenmanufaktur und erklärten zu Protokoll: H. M. habe von dem ihm in betreff der Auflassung in dem Vertrag vom 23. Dezember 1902 eingeräumten Recht Gebrauch gemacht, indem sich auf seine Initiative am 10. Janr. 1903 die bezeichnete neue Aktiengesellschaft gegründet habe; „diese Gesellschaft hat das Geschäft der Firma B. und L. — erworben und erklärt nun H. M., daß dieselbe als Käuferin des von ihm am 23. Dezbr. 1902 erworbenen Anwesens

zu gelten habe, indem er alle Rechte, welche er aus genanntem Vertrag erworben habe, an diese abtrete, ebenso auch alle übernommenen Verpflichtungen auflege. Der Veräußerer O. B. genehmigt und bewilligt diese Aenderungen und ist damit einverstanden, daß die obengenannte Rechtspersönlichkeit in den erwähnten Vertrag vom 23. Dezember 1902 eintritt"; die Vertreter der „tatsächlichen Käuferin", der neuen A. G., erklärten, daß sie alle in dem Vertrag vom 23. Dezbr. 1902 enthaltenen Verpflichtungen und Rechte übernehmen und in solche eintreten, der Verkäufer B., daß er den H. M. „seiner Verpflichtungen aus dem Kaufvertrag vom 23. Dezbr. 1902 entlasse". Darauf erfolgte die Auflassung des Anwesens seitens des O. B. an die neue Aktiengesellschaft.

Nach den angestellten Erhebungen wollte O. B. sein Geschäft auf 31. Dezember 1902 einstellen; um dies zu verhindern, entschloß sich H. M. auf Veranlassung des Oberbürgermeisters von E., der dem M. die Gewährung gewisser Vorteile seitens der Stadt E. in Aussicht stellte, das Anwesen und Warenlager des B. zu kaufen, in der Hoffnung, daß die Gründung der in Aussicht genommenen Aktiengesellschaft gelingen und diese dann in den Kauf eintreten werde, aber in der Weise, daß der Vertrag für ihn — wie er sagt — „auf jeden Fall" bindend war. Den Preis für das Warenlager mit 400 000 M. hat M. nach seiner Angabe durch Abtretung von Zielerforderungen in gleichem Betrag, für deren Eingang er nach seiner Behauptung noch jetzt (: April 1904 :) hafte, an B. bereinigt; die Aktiengesellschaft, an die er das Warenlager um 400 000 M. verkaufte, hat ihm diesen Preis bar bezahlt.

Am 25. April 1904 beschloß das Bezirkssteueramt E., der Aktiengesellschaft aus dem Kaufpreis von 600 000 M. des „Kaufvertrags" vom 27. April 1903 eine staatliche Umsatzsteuer von 7200 M. und eine gemeindliche Umsatzsteuer von 4280 M. anzusetzen. Dieser Steueransatz wurde der Aktiengesellschaft am 26. April 1904 eröffnet, worauf deren Vorstand am 2. Mai 1904 „gegen diesen zweiten Steueran-

satz" Beschwerde bei dem Steuerkollegium Abteil. für direkte Steuern erhob. Gegen die von dieser Behörde mit Erlaß vom 7. Mai 1904 erfolgte Abweisung der Beschwerde erhob die Württ. Holzwaren-Manufaktur A. G. weitere Beschwerde an das Finanzministerium mit dem Antrag: den doppelten Steueransatz aus den Verträgen vom 23. Dezbr. 1902 und 27. April 1903 aufzuheben und es bei der schon bezahlten Umsatzsteuer bewenden zu lassen. Die Beschwerde machte geltend: die sog. Abtretungserklärung Ms. vom 27. April 1903 sei kein selbständig zu versteuerndes Rechtsgeschäft, M. habe vielmehr von Anfang an nach dem Inhalt des Vertrags vom 23. Dezbr. 1902 nicht für sich, sondern für eine nur noch nicht genau dem Namen nach bekannte Person (: Aktiengesellschaft :) erworben; nach der Natur der in Rede stehenden Steuer als einer Umsatzsteuer könne nicht eine Besteuerung sowohl des Uebergangs des Kaufsgegenstands vom früheren Eigentümer auf einen Bevollmächtigten, der ausdrücklich als solcher handle und sich als solchen bezeichne, als des Uebergangs vom Bevollmächtigten auf die mittlerweile gegründete Aktiengesellschaft, für die er gehandelt habe, stattfinden, sondern nur eine einmalige Besteuerung Platz greifen. Wäre aber je die Vereinbarung vom 27. April 1903 steuerpflichtig, so wäre damit jedenfalls die Steuerpflicht, in betreff des Vertrags vom 23. Dezember 1902 weggefallen der als durch das Nichtzustandekommen der Vereinbarung vom 27. April 1903 oder einer ähnlichen Vereinbarung bedingt anzusehen sei; auf die Steuer aus dem Vertrag vom 27. April 1903 wäre daher die (: zurückzugewährende :) Steuer aus dem Vertrag vom 23. Dezember 1902 zu verrechnen, die gemäß Art. 8 Abs. 6 des Umsatzsteuergesetzes, falls die Vereinbarung vom 27. April 1903 ausgeführt und besteuert worden sei, auch deshalb zurückzuerstatten sei, weil die Ausführung des Vertrags vom 23. Dezember 1902 unterblieben sei: Keinenfalls hafte die Aktiengesellschaft für beide Steuern; die ihr obliegende Steuerpflicht habe sie aber durch die am 12. März 1903 erfolgte Bezahlung des auf ihr Ver-

langen ausdrücklich auf ihren Namen umgeschriebenen Steuerzettels erfüllt.

Mit Erlaß vom 16. November 1904 hat das Finanzministerium die Beschwerde abgewiesen.

Gegen diese Entscheidung hat die Aktiengesellschaft Rechtsbeschwerde beim Verwaltungsgerichtshof eingelegt. Hierin ist insbesondere betont, die Aktiengesellschaft sei zufolge des Vertrags vom 23. Dezember 1902 ohne weiteres in den von M. für sie mit B. abgeschlossenen Kauf eingetreten.

Die Rechtsbeschwerde wurde zurückgewiesen.

Gründe:

1) Ein Zweifel darüber kann nicht bestehen, daß für den Kaufvertrag vom 23. Dezember 1902 dem H. M. die (ihrem Betrag nach nicht beanstandete) Umsatzsteuer mit Recht angesetzt worden ist: dieser Vertrag ist ein Kaufvertrag, der den Erwerb des Eigentums an Grundstücken zum Gegenstand hatte; mit der notariellen Beurkundung des Vertrags trat nach Art. 6 Ziff. 1 des Umsatzsteuergesetzes die Steuerpflicht ein. Die Behauptung, der Vertrag vom 29. Dezember 1902 sei „als durch das Nicht-Zustandkommen der Vereinbarung vom 27. April 1903 oder einer ähnlichen Vereinbarung bedingt anzusehen", ist in der Entscheidung des K. Finanzministeriums mit zutreffender Begründung als unrichtig nachgewiesen, deren Widerlegung die Rechtsbeschwerde nicht versucht hat und auf die deshalb verwiesen werden kann.

Darüber, daß durch die Zahlung vom 12. März 1903 die Beschwerdeführerin die dem H. M. angesetzte und von diesem geschuldete Umsatzsteuer aus dem Vertrag vom 23. Dezbr. 1902 bezahlt hat, kann ebenfalls ein Zweifel nicht bestehen. Ob es korrekt war, den Steuerzettel auf den Namen der Beschwerdeführerin (: deren Verlangen entsprechend :) umzuschreiben, kann dahingestellt bleiben; jedenfalls wollte und konnte das Bezirkssteueramt hiemit eine Entscheidung darüber nicht treffen, ob auch eine dem Vertrag vom 23. Dezbr. 1902 nachgefolgte, insbesondere die nach der Zahlung — am 27. April 1903 — zwischen M. und der Be-

schwerdeführerin abgeschlossene Vereinbarung der Umsatzsteuer unterliege oder nicht.

2) Was nun die Bedeutung der Worte des § 1 des Vertrags vom 23. Dezbr. 1902 anlangt, wonach H. M. „konstatiert" hat, „daß er für eine noch zu gründende Aktiengesellschaft mit noch festzustellendem Namen und Zweck erwerbe", so hat M. hiemit lediglich ausgesprochen, welche Absicht er bei Abschluß des Kaufs verfolge, nämlich die Absicht, falls die geplante Aktiengesellschaft zu stand komme, ihr das gekaufte Anwesen zu überlassen, sie in den Kauf eintreten zu lassen. Diese Erklärung war rechtlich völlig bedeutungslos: Ms. wurde dadurch weder der künftigen Aktiengesellschaft, noch dem Verkäufer B. gegenüber irgendwie gebunden. Davon kann keine Rede sein, daß auf Grund des Vertrags vom 23. Dezbr. 1902 die neu gegründete Aktiengesellschaft mit ihrer Entstehung sofort von selbst in den Vertrag an Stelle Ms. eingetreten ist oder von M. hätte verlangen können, daß er ihr die Rechte aus diesem Vertrag (: gegen Uebernahme der ihm nach dem Vertrag obliegenden Verpflichtungen durch die Gesellschaft :) übertrage: die einseitige Erklärung M.s dem Verkäufer B. gegenüber konnte eine derartige Berechtigung für die Aktiengesellschaft nicht begründen. Einen Vertrag zu Gunsten der (: etwaigen künftigen :) Aktiengesellschaft im Sinne des § 328 Abs. 1 BGB. stellt der Vertrag vom 23. Dezbr. 1902 schon deshalb nicht dar, weil es durchaus vom Belieben M.s abhängig blieb, ob er die Aktiengesellschaft in den Vertrag eintreten lassen wollte oder nicht: das erhellt daraus, daß sich der Verkäufer verpflichtet hat, die verkauften Grundstücke *je nach Wahl des H. M.* an diesen oder an die zu gründende Gesellschaft aufzulassen.

Schon aus dem bisher Ausgeführten ergibt sich, daß *die* Auffassung gleichfalls nicht möglich ist, als habe M. in der Eigenschaft eines Vertreters oder Bevollmächtigten der künftigen Aktiengesellschaft gehandelt: der Vertreter oder Bevollmächtigte, der in eigenem Namen, aber für fremde Rechnung innerhalb der Grenzen seiner Vertretungsmacht

einen Vertrag abschließt, ist verpflichtet, den Vertretenen in den Vertrag eintreten zu lassen, und berechtigt, die Vertragspflichten auf den Vertretenen abzuwälzen; eine solche Verpflichtung und Berechtigung ist aber, wie schon bemerkt, ohne Frage für H. M. durch den Abschluß des Vertrags vom 23. Dezbr. 1902 nicht entstanden. Es kann unter diesen Umständen dahingestellt bleiben, ob es überhaupt rechtlich möglich ist, daß jemand als Vertreter einer erst zu gründenden Aktiengesellschaft auftritt; die von der Beschwerdeführerin angeführte Entscheidung des Oberlandesgerichts Colmar (: Rspr. der OLG. Bd. 6 Nr. 76' S. 486—88 :) behandelt einen vom vorliegenden ganz verschiedenen Fall, nämlich die Frage, ob an eine schon „errichtete", aber noch nicht „entstandene", weil noch nicht ins Handelsregister eingetragene, Aktiengesellschaft (: vergl. §§ 188, 200 HGB. :) aufgelassen werden kann; aus der Bejahung dieser Frage lassen sich Folgerungen zu Gunsten des von der Beschwerdeführerin im gegenwärtigen Fall eingenommenen Standpunkts keinenfalls ziehen.

3) Ging sonach die auf Uebertragung des Eigentums an den den Gegenstand des Vertrags vom 23. Dezbr. 1902 bildenden Grundstücken gerichtete Forderung M.s keineswegs mit Errichtung oder Entstehung der Aktiengesellschaft von selbst auf diese über, so bedurfte es zu solchem Uebergang einer Abtretung der Forderung. Wenn nun H. M. laut der notariellen Urkunde vom 10. Januar 1903 an diesem Tag vor dem Notar P. erklärt hat, er erkenne an, daß die neu gegründete Aktiengesellschaft nach ihrer Eintragung ins Handelsregister berechtigt sei, die Auflassung der in dem Vertrag vom 23. Dezbr. 1902 bezeichneten Grundstücke gemäß diesem Vertrag an sie herbeizuführen, so hat hier M. in der Form der Anerkennung einer bestehenden Verpflichtung in Wirklichkeit eine bisher nicht bestehende Verpflichtung — die Auflassung an die Aktiengesellschaft, statt an i h n erfolgen zu lassen — übernommen, bezw. in der Form der Anerkennung eines bestehenden Rechts der Aktiengesellschaft ein sol-

ches begründet (: vorausgesetzt, daß diese Erklärung für sich allein eine solche Verpflichtung und Berechtigung zu erzeugen vermochte, sofern dadurch ein entsprechender Vertrag zum Abschluß gelangte:). Wenn also dieser Erklärung des H. M. eine rechtliche Bedeutung zukäme, wäre es die, daß sie eine Bindung M.s gegenüber der Aktiengesellschaft in betreff der Uebertragung der erkauften Grundstücke bewirkt hätte, und es läge darin eine Abtretung der zufolge des Vertrags vom 23. Dezember 1902 dem M. zustehenden Rechte auf Grundstücksübertragung an die Aktiengesellschaft; die Vereinbarung vom 27. April 1903 hätte dann diese Abtretung wiederholt bestätigt. Ist aber diese Abtretung nicht schon durch jene (: einseitige :) notarielle Erklärung M.s erfolgt, so ist dies durch die Vereinbarung vom 27. April 1903 geschehen.

4) Mit Recht hat daher die Entscheidung des K. Finanzministeriums angenommen, durch die in den Urkunden vom 10. Januar / 27. April 1903 enthaltenen Erklärungen sei eine Abtretung der auf die Uebertragung des Eigentums an Grundstücken gerichteten, aus dem Vertrag vom 23. Dezember 1902 sich ergebenden Forderung M.s an die Beschwerdeführerin erfolgt. Diese Abtretung unterliegt daher nach Art 2 des Umsatzsteuergesetzes in gleicher Weise wie der Vertrag vom 23. Dezember 1902 der Umsatzsteuer, falls sie entgeltlich war. Das war sie aber in der Tat: Das Entgelt M.s für die Abtretung der ihm gegen den Verkäufer B. zustehenden Rechte bestand darin, daß die Aktiengesellschaft die ihm dem B. gegenüber obliegenden Verbindlichkeiten übernahm. Eine entgeltliche Abtretung wäre allerdings nicht anzunehmen, wenn M. die Abtretung behufs Erfüllung einer ihm der Beschwerdeführerin gegenüber obliegenden Verpflichtung vollzogen hätte, wie derjenige, der auf Grund erhaltener Vollmacht für den Vollmachtgeber, aber auf den eigenen Namen kauft; es ist aber schon oben in Ziff. 2 dargelegt worden, daß eine solche Verpflichtung M.s im gegenwärtigen

Fall nicht vorlag. Daß eine entgeltliche Abtretung dem Abtretenden nicht notwendig Gewinn zu bringen braucht, vielmehr auch vorliegen kann, wenn der Abtretende durch die Abtretung nichts gewinnt oder sogar Verlust erleidet, bedarf keiner Ausführung. Es kann daher aus dem Umstand, daß H. M. durch die Abtretung seiner Rechte aus dem Vertrag vom 23. Dezember 1902 an die Beschwerdeführerin anscheinend keinen Vermögensvorteil erlangt hat, nichts gegen die Entgeltlichkeit dieser Abtretung gefolgert werden.

Urteil vom 1/8. Februar 1905 in der Rechtsbeschwerdesache der Württ. Holzwaren-Manufaktur-Aktiengesellschaft vorm. B. und L. in E.

11.

Zu Art. 1, 7 Abs. 1 und 40 des Erbschaftssteuergesetzes vom 26. Dezember 1899. (Bedeutung eines Erbabfertigungsvertrags für den Ansatz einer Erbschaftssteuer).

Am 1. August 1875 starb A. E. in E. ohne letztwillige Verfügung. Seine gesetzlichen Erben waren seine Witwe K. geb. Eh., mit der er in landrechtlicher Errungenschaftsgesellschaft gelebt hatte, und seine vollbürtigen Geschwister M. D. Witwe in G. und J. E. daselbst; der zur Hälfte erbberechtigten Witwe hätte also die statutarische Nutznießung an den Erbteilen der beiden Miterben nicht zugestanden. Am 8. Oktober 1875 haben vor dem Amtsnotariat und Waisengericht E., als zur Vornahme der Teilungsverhandlung geschritten wurde, die Witwe und die beiden Geschwister des Verstorbenen, nachdem sie den Antritt der Erbschaft erklärt hatten, folgenden Erbabfertigungsvertrag abgeschlossen: „1) Die Witwe übernimmt das ganze vorhandene Aktiv- und Passivvermögen ohne Inventarisation; 2) die beiden Geschwister, welche ihre Naturalansprüche an die vorhandene Liegenschaft und Fahrnis an die Witwe abtreten, erhalten für ihre Erbansprüche a) bar Geld, zahlbar in einem halben Jahr ... je 800 M., zusammen 1600 M., b) einige Kleider des Verstorbenen, wofür übrigens nichts in Berechnung ge-

nommen werden solle; 3) nach dem Tode der Witwe wird diese Abfindungssumme von je 800 M. zus. 1600 M. wieder zur Masse eingeworfen und das alsdann vorhandene Vermögen unter den Verwandten des verstorbenen Mannes und denen der Frau in zwei gleiche Teile geteilt werden, so daß also die beiden Geschwister des Erblassers, bezw. deren Erben oder Rechtsnachfolger seiner Zeit die Hälfte des von der Witwe hinterlassenen Vermögens, abzüglich des Vorempfangs von 1600 M. erhalten; 4) sollte sich die Witwe wieder verheiraten, so solle auf Grund des alsdann vorhandenen Vermögensstandes, übrigens unter Einwerfung obiger 1600 M., die Verlassenschaftsteilung des Erblassers ganz nach den Bestimmungen des Landrechts nachgeholt und der den beiden Geschwistern zufallende Erbteil diesen bezw. ihren Erben oder Rechtsnachfolgern unter Ausschluß derselben von Naturalansprüchen an Liegenschaft und Fahrnis, in barem Geld ausbezahlt werden; 6) irgend eine Kautionsleistung kann von der Witwe wegen dieser eventuellen weiteren Ansprüche der Geschwister des Erblassers resp. deren Rechtsnachfolger nicht verlangt werden". . . . Die Teilungsbehörde beschloß sodann, die Witwe ohne Inventarisation in den Nachlaß ihres Mannes einzuweisen.

Am 28. Dezember 1903 starb nun auch in E. die Witwe K. E. mit Hinterlassung eines von ihr am 28. Januar 1885 errichteten Testaments. Hierin ernennt sie zu Erben ihrer Verlassenschaft ihren Bruder J. G. Eh. in U., bezw. Abkömmlinge desselben zu $^2/_5$, Abkömmlinge ihres verstorbenen Bruders F. Eh. in P. miteinander zu $^2/_5$ und ihre Halbschwester M. Eh. in E. zu $^1/_5$. In § 5 des Testaments ist gesagt: „An der Vertragsbestimmung, nach welcher von dem von ihr einstens zurückgelassenen Vermögen die Hälfte an die Erben ihres verstorbenen Manns zu verabfolgen ist, werde selbstverständlich durch gegenwärtiges Testament nichts geändert".

Das Nachlaßgericht E. hat am 1. Juni 1904 die amtlich vermittelte Auseinandersetzung des Nachlasses „der K.

E. und ihres vorverstorbenen Ehemanns" vorgenommen, die von sämtlichen Beteiligten genehmigt worden ist. Das Protokoll führt den Inhalt des Erbabfertigungsvertrags vom 8. Oktober 1875 an und konstatiert, daß an Stelle der inzwischen verstorbenen Schwester M. D. deren einziger Sohn F. D. in G. als gesetzlicher Erbe des vorverstorbenen A. E. in Betracht komme; sodann werden unter Anführung des Inhalts des Testaments der K. E. ihre Testamentserben aufgezählt. Der reine Nachlaß ist zu 11571 M. 96 Pf. berechnet, wozu nach dem Erbabfertigungsvertrag F. D. und J. E. je 800 M., zusammen 1600 M. einzuwerfen haben, so daß der gemeinschaftliche Nachlaß 13171 M. 96 Pf. beträgt, „welcher unter die Erben des verstorbenen A. E. und dessen Witwe je zur Hälfte zu verteilen ist" mit 6585 M. 98 Pf. „und woran die beiden Erben des vorverstorbenen A. E. je zur Hälfte 3292 M. 99 Pf. erhalten", wovon der Vorempfang von je 800 M. in Abzug gebracht wird. Der Empfang von 2492 M. 99 Pf. verminderte sich um den Teilungskostenbetreff von je 36 M. 19 Pf. auf je 2456 M. 80 Pf. Aus diesem Betrag hat das Bezirkssteueramt durch Beschluß vom $\frac{28.\ \text{Juli}}{4.\ \text{August}}$ dem J. E. als Bruder des vorverstorbenen A. E. zu 2% mit 49 M. 14 Pf. und dem F. D. als Neffen zu 3% mit 73 M. 70 Pf. die Erbschaftssteuer angesetzt.

Gegen diese Steueransätze haben beide Beschwerde gemäß Art. 24 des Erbschaftssteuergesetzes vom 26. Dezember 1899 mit der Behauptung erhoben, daß von J. E. und der M. D., deren einziger Erbe F. D. geworden sei, das Recht auf die von A dem Bruder herrührenden Erbteile schon im Jahre 1875, als noch kein Erbschaftssteuergesetz bestanden habe, erworben worden und nur die Ausmittlung und der Bezug der Erbteile durch die Uebereinkunft mit der Witwe bis zu deren Tod hinausgerückt worden sei. Mittels Erlasses vom 31. August 1904 hat hierauf das Steuerkollegium Abteilung für direkte Steuern die Entscheidung getroffen:

Nach der Sachlage seien die Beschwerdeführer hinsichtlich der ihnen auf den Tod der Witwe E. anläßlich der Nachlaßauseinandersetzung vom 1. Juni 1904 ausgemittelten Erbsportion als Erben der Witwe E., nicht des vorverstorbenen Ehemanns anzusehen und demgemäß seien die Beschwerdeführer mit Recht zur Erbschaftssteuer herangezogen worden; ihre auf Aufhebung des Steueransatzes gerichtete Beschwerde könne hienach keinen Erfolg haben. Wohl aber habe der Steueransatz insofern einer Berichtigung bedurft, als gemäß Art. 6 Abs. 3 des Erbschaftssteuergesetzes bei Bemessung der Steuer das Verhältniß der Beschwerdeführer zu der Witwe E. entscheidend sei; der Steueransatz habe daher nach Art. 6 E des Gesetzes unter Zugrundelegung von 8% zu erfolgen und die Steuer betrage somit für jeden der Beschwerdeführer 196 M. 56 Pf.

Die von J. E. und F. D. erhobene neue Beschwerde, worin sie um Freilassung von der Erbschaftssteuer baten, ist von dem Finanzministerium am 17. Oktober 1904 als unbegründet abgewiesen worden.

Der sodann erhobenen Rechtsbeschwerde wurde von dem Verwaltungsgerichtshof in der Weise stattgegeben, daß die beiden Beschwerdeführer von den angesetzten Erbschaftssteuern völlig freizulassen seien.

Gründe:

1. Von den Beschwerdeführern ist über die Veranlassung des Abschlusses des Erbabfertigungsvertrags vom 8. Oktober 1875 vorgetragen worden: A. E. habe vor seinem Ableben sich von seinen Geschwistern mündlich versprechen lassen, seine Witwe bei der Nachlaßauseinandersetzung zu schonen; nach dem mutmaßlichen Bestande des Nachlasses des A. E. hätten die den beiden Geschwistern angefallenen Erbteile zusammen beiläufig 4000 M. ausgemacht und die sofortige Herausgabe dieses ganzen Vermögenswerts wäre der Witwe allzu schwer gefallen. Es stimmt hiemit zusammen, daß in Ziff. 4 des Erbabfertigungsvertrags vom 8. Oktober 1875 für den Fall der Wiederverheiratung der Witwe vorbehalten ist, daß auf

Grund des alsdann vorhandenen Vermögensstandes (unter Einwerfung der 1600 M.) die Teilung der Verlassenschaft des A. E. nach den Bestimmungen des Landrechts nachgeholt und der den beiden Geschwistern zufallende Erbteil ihnen bezw. ihren Erben oder Rechtsnachfolgern in Geld ausgefolgt werden solle. Für den eingetretenen Fall der Nichtwiederverheiratung der K. E. ist für sie mit dem Erbabfertigungsvertrag im wesentlichen dasselbe erreicht worden, wie wenn ihr Ehemann in einem gemeinschaftlichen Testament oder durch einen mit ihr abgeschlossenen Ehevertrag sie zur Alleinerbin seines Vermögens eingesetzt und seine beiden Geschwister bezw. deren Abkömmlinge mit den alsbald zu leistenden Vermächtnissen bedacht und zugleich verfügt hätte, daß nach dem Tode der Witwe das alsdann vorhandene gesamte Vermögen zwischen seinen Geschwistern bezw. deren Abkömmlingen und den Erben der Witwe hälftig geteilt und hiebei die 1600 M. als Vorempfang der ersteren der Masse hinzugerechnet und auf ihre Hälfte angerechnet werden. Wäre eine solche letztwillige Verfügung des A. E. zur zeit der Geltung des Erbschaftssteuergesetzes vom 24. März 1881 zum Vollzug gekommen, so wäre nach Art. 4 Abs. 3 und Art. 8 Abs. 8 desselben den Geschwistern des A. E. eine Erbschaftssteuer von 2% — abgesehen von den Vorempfängen gemäß Art. 8 Abs. 4 und Art. 10 zu berechnend und zu entrichtend — anzusetzen gewesen.

Die beiden Beschwerdeführer sind in dem Testament der K. E. weder zu Erben eingesetzt noch mit einer sonstigen der Erbschaftssteuer unterliegenden Zuwendung bedacht worden, vielmehr ist in dem § 5 des Testaments, der sagt, daß an der Vertragsbestimmung, wonach von dem von ihr einstens zurückgelassenen Vermögen die Hälfte an die Erben ihres verstorbenen Mannes zu verabfolgen sei, selbstverständlich durch ihr Testament nichts geändert werde, ausgesprochen, daß die Testiererin über diese Hälfte in dem Testament nicht mehr verfügen wolle und könne. Es leitet denn auch die Entscheidung des K. Finanzministeriums die Steuerpflichtig-

keit der nach dem Tode der Witwe E. an die Beschwerdeführer gelangten Vermögensbeträge daraus ab, daß in der Vereinbarung vom 8. Oktober 1875 die Witwe E. einen Vertrag mit den Geschwistern ihres verstorbenen Ehemanns abgeschlossen habe, womit diesen bezw. ihren Erben oder Rechtsnachfolgern für den Fall der Nichtwiederverheiratung der Witwe E. ein Anspruch auf ihren Nachlaß eingeräumt worden sei, der mit ihrem Tode in Wirkung getreten sei und durch die Zuweisungen aus dem Nachlaß an die Beschwerdeführer realisiert worden sei. Die Beschwerdeführer wenden ein, daß der Erbabfertigungsvertrag als ein einheitliches Rechtsgeschäft anzusehen sei und nicht, wie das K. Finanzministerium verfahre, in einen Abfindungsvertrag bezüglich des Nachlasses des A. E. und einen Erbvertrag bezüglich des Nachlasses seiner Witwe zerlegt werden könne.

2. Von einem eigentlichen Erbvertrag ist wohl auch in der Ministerialentscheidung nicht die Rede, im übrigen sind die Einwendungen der Beschwerdeführer begründet.

Zwar wäre durch das zurzeit des Abschlusses des Erbabfertigungsvertrags gültige Landesrecht die Witwe E. nicht gehindert gewesen, nur über einen Teil ihres Nachlasses durch Erbvertrag zu verfügen; auch wäre zum Abschluß eines Erbvertrags mit den Geschwistern ihres verstorbenen Ehemanns die Einhaltung der für die successorischen Eheverträge bestehenden Formvorschrift der Zuziehung von je drei Zeugen (vergl. auch Notariatsgesetz vom 14. Juni 1843 Art. 26 Abs. 2) nicht erforderlich gewesen; Hohl Handbuch des württ. Erbrechts 6. Aufl. S. 119. 324 ff. Allein der vor der Teilungsbehörde abgeschlossene Erbabfertigungsvertrag bringt nirgends zum Ausdruck, daß die K. E. für den Fall ihres Absterbens im Witwenstand die Geschwister ihres verstorbenen Ehemanns, bezw. deren Abkömmlinge zu ihren Erben einsetze, so daß die eingesetzten Erben, um zur Erbfolge berufen zu werden, die Erblasserin hätten überleben müssen und andererseits der eingeräumten Erbansprüche infolge von Handlungen, welche als Enterbungsgründe anerkannt sind,

durch Widerruf hätten verlustig gehen können (Hohl a. a. O. S. 118); vielmehr ist in Ziff. 3 des Erbabfertigungsvertrags festgesetzt, daß nach dem Tode der K. E. im Witwenstand das alsdann vorhandene Vermögen zwischen ihren Verwandten und den Geschwistern ihres verstorbenen Ehemanns bezw. deren Erben hälftig geteilt werden, also eine für die Geschwister bereits bestehende Berechtigung auf ihre Erben übergehen soll, und auch die Bestimmung der Ziff. 6, daß von der Witwe wegen der eventuellen weiteren Ansprüche der Geschwister des Ehemanns, bezw. ihrer Rechtsnachfolger eine Kautionsleistung nicht verlangt werden könne, weist klar darauf hin, daß die K. E. die Geschwister ihres verstorbenen Ehemanns zu ihren Erben nicht eingesetzt hat.

3. Der Erbabfertigungsvertrag vom 8. Oktober 1875 ist somit nach seinem ganzen Inhalt ein Rechtsgeschäft unter Lebenden. Gegenstand des Vertrags ist die Festsetzung, wann und wie die Geschwister des A. E. die ihnen als seinen Blutsverwandten zukommenden Erbanteile von der Witwe oder deren Erben zu empfangen haben sollten; der Grund ihres Erwerbs ist ihr Intestaterbrecht an dem Bruder A. E. geblieben. Die beiden Geschwister des A. E. hatten die ihnen angefallene Erbschaft angetreten, bevor sie mit der Witwe den Erbabfertigungsvertrag abschloßen. Mit dem Abschuß des Erbabfertigungsvertrags wollte und konnte der Erbschaftsantritt nicht ungeschehen gemacht werden. Es sind nur die Naturalansprüche an den einzelnen Vermögensbestandteilen auf die Witwe übertragen worden; die Gläubiger des Erblassers erhielten nach Landrecht Teil II Tit. 9 § 7 die Wahl, mit dem vollen Betrag der Schuld des Erblassers sich an die Witwe zu halten, und diese übernahm gegenüber ihren beiden für die Schulden anteilsweise haftbar bleibenden Miterben die Verpflichtung, ihrerseits für die volle Befriedigung dieser Gläubiger einzustehen; vgl. Wächter Württ. Privatrecht Bd. 2 S. 621 not. 29—31, S. 646 not. 44 u. 45; Hohl a. a. O. S. 152 not. 3; Windscheid Pandekten 7. Aufl. Bd. 3 § 621.

Durch die Ziff. 4 des Vertrags ist im Sinne des Art. 39 des damals geltenden Notariatsgesetzes vom 14. Juni 1843 der Aufschub der Vornahme der in der güterrechtlichen Gesellschaftsteilung und der erbrechtlichen Verteilung des Nachlasses des Ehemanns bestehenden Realteilung bis zu etwaiger Wiederverheiratung der Witwe bewirkt und in der Ziff. 3 ist für den Fall des Verbleibens der K. E. im Witwenstande im Sinn jenes Art. 39 das Unterbleiben dieser Realteilung durch die Festsetzung herbeigeführt, daß die Hälfte des alsdann vorhandenen Gesamtvermögens als Wert der an die Geschwister des A. E. bezw. ihre Erben herauszugebenden Vermögensbeträge berechnet werden solle. In Uebereinstimmung mit der dargelegten Auffassung des Erbabfertigungsvertrags ist auch von dem Nachlaßgericht die von den Beteiligten genehmigte Nachlaßauseinandersetzung vorgenommen worden, wobei die Beschwerdeführer die Befriedigung durch Zuweisung von Forderungen erhalten haben.

Nach Art. 1 Abs. 1 lit. a des Erbschaftssteuergesetzes vom 26. Dezember 1899 wird die Erbschaftssteuer erhoben von dem Erwerbe von Erbschaften, Vermächtnissen und Pflichtteilen, sowie von schenkweise versprochenen Leistungen auf den Todesfall (§ 2301 Abs. 1 des BGB.). Für die vermöge einer Auflage oder eines anderen ähnlichen Rechtsgrunds erfolgenden Erwerbungen von Todeswegen ist mit Rücksicht darauf, daß das Bürgerliche Gesetzbuch in § 1939 den Begriff des Vermächtnisses enger als das bisherige Recht gefaßt habe, in dem Abs. 3 des Art. 1 der Satz aufgenommen, der Erwerb von Vermögenszuwendungen, welche infolge des Todes einer Person gemäß einer mit einer Verfügung von Todeswegen oder mit einer Schenkung auf den Todesfall verbundenen Auflage (§ 1940 des BGB.) oder Bedingung oder gemäß sonstiger Verfügungen des Erblassers an einen Dritten gelangen, werde dem Erwerb von Vermächtnissen mit der Maßgabe gleichgeachtet, daß die Steuerpflicht durch das Verhältnis des Erwerbers zu dem Erblasser bestimmt werde. Der Erwerb durch einen ein bloßes Rechts-

geschäft unter Lebenden enthaltenden Erbabfertigungsvertrag ist ebensowenig ein *selbständiger* Entstehungsgrund für die Erbschaftssteuerpflichtigkeit, als der Erwerb durch einen über einen bestrittenen erbrechtlichen Anspruch abgeschlossenen Vergleich.

Jedenfalls sind seinerzeit für die beiden Geschwister des A. E. schon durch den Erbschaftsantritt und den hinzugetretenen Erbabfertigungsvertrag, der nur den Betrag des Vermögenserwerbs vorläufig unbestimmt ließ und die Fälligkeit der Ausfolgung hinausschob, gegenwärtige und fest erworbene Rechte entstanden; ebendarum ist auch das Recht der inzwischen verstorbenen Schwester M. D. von ihr auf den Beschwerdeführer F. D. vererbt worden. Wie der Erwerb der Kleidungsstücke und der Geldempfänge von je 800 M. kann auch der weitere Vermögenserwerb, der jetzt dem Beschwerdeführer J. E. und als Erben der M. D. dem Beschwerdeführer F. D. ausgeschieden worden ist, der Erbschaftssteuer deshalb nicht unterworfen werden, weil der Rechtserwerb in die Zeit vor Erlassung des Erbschaftssteuergesetzes fiel; Erbschaftssteuergesetz vom 24. März 1881 Art. 29 Abs. 1 vergl. mit Art. 5 Abs. 2, Erbschaftssteuergesetz vom 26. Dezember 1899 Art. 40 vergl. mit Art. 7 Abs. 1.

Urteil vom 28. Dezember 1904 in der Rechtsbeschwerdesache E. und D.

III.

Literariſche Anzeigen.

Die 5 erſten Jahre des BGB. Die geſamte Rechtſprechung und Theorie vom 1. Januar 1900 bis 31. Dezember 1904. Von Dr. M. Scherer, RA. am Reichsgericht. (Leipzig, Wigand; Preis: ungebunden 20 M., CXLIX und 1068 Seiten). Das Werk behandelt unter 1576 Nummern, die auf S. I—C der Inhaltsüberſicht zuſammengeſtellt ſind, im Anſchluß an die Reihenfolge der §§ des BGB. die in der bisherigen Rechtſprechung und Theorie zur Entſcheidung und Erörterung gelangten Fragen, z. B. unter Nr. 733—739 den § 254 in der Weiſe, daß zunächſt in Nr. 733 unter 5 Rubriken Literatur und Praxis in betreff folgender Punkte angeführt wird: „§ 254 gilt für das ganze Civilrecht u. ſ. w." „§ 254 anwendbar bei beſchränkter Geſchäftsfähigkeit Minderjähriger u. ſ. w." „Gläubiger". „Eigenes Verſchulden kann den Schadenserſatz ausſchließen". „Reviſibel. Prozeſſuales", ſodann in Nr 734 „Raufhandel", in Nr. 735 „Straßenbahnunfälle", in Nr. 736 „Beiſpiele" (8 Rubriken, z. B. „Glatteis", „Gaſtwirtſchaft"), in Nr. 737 „Vorausſehbarkeit des Schadens", in Nr. 738 „Dritte und § 254, 846". Durch dieſe Anordnung iſt eine raſche Orientierung darüber ermöglicht, wo etwas über die betreffende Frage zu finden iſt. Der Inhalt der angeführten Entſcheidungen iſt in ſehr verſchiedenem Umfang angegeben, zuweilen ſo, daß der zu Grund liegende Tatbeſtand erſichtlich iſt, vielfach nur mit wenigen Worten (z. B. in Nr. 735 b): „Geiſtesverwirrung entſchuldigt. Vor dem Wagen gelaufen. RG. 30. Nov. RR. 1903, 920". — „Ueberwiegendes Verſchulden der Bahn; haftet allein; Kind. RG. 15. X. 03. JW. 1903, 123" — woneben Bemerkungen wie die folgende ſich etwas ſonderbar ausnehmen: „Bei den Spartanern wurden die Schwerhörigen ausgeſetzt". Die gegebene Ueberſicht über Theorie und Praxis (wobei übrigens Monographieen nur ausnahmsweiſe — vgl. z. B. Nr. 731 — angeführt ſind) ſcheint, ſoviel Ref. beurteilen kann, vollſtändig, wenn beachtet wird, daß vielfach auf „die 4 erſten Jahre des Ver-

fassers" (wie sich die Vorrede ausdrückt) verwiesen ist; insbesondere ist auch die württ. Rechtsprechung und Literatur, namentlich bei den die Bestimmungen des EG. betreffenden Fragen, sorgfältig berücksichtigt, vergl. z. B. Nr. 157 („Auflassung"); Nr. 270 (eheliches Güterrecht). Das Werk bietet also für den Praktiker ein bequemes und wertvolles Hilfsmittel, ersetzt aber selbstverständlich (und will nicht ersetzen) das Studium der angeführten Entscheidungen und Abhandlungen nicht, sondern erleichtert dieses wesentlich durch die Uebersicht, die es über sie gewährt.

Warneyers Jahrbuch der Entscheidungen auf dem Gebiet des Civil-, Handels- und Prozeßrechts. Dritter Jahrgang 1904 (8 h). Der dritte Jahrgang dieses schon früher (vergl. WürttJ. Bd. 16 S. 143) angezeigten Werks behandelt auf 600 Seiten die Literatur und Rechtsprechung des Jahrs 1904 zu BGB., EGBGB., HGB., WO., CPO., KO., AusG., FGG., ZVG., GBO., der Jahre 1900 bis 1904 zu 45 andern Gesetzen" und ist hienach gleichfalls für den Praktiker ein sehr schätzbares Hilfsmittel, zumal da 121 Zeitschriften und Sammlungen berücksichtigt und nach angestellten Stichproben die Anführungen zuverlässig sind. Pf.

Von der zweiten Auflage des Staudinger'schen Kommentars zum BGB. (s. oben S. 132) sind unterdessen weiter erschienen die Lieferungen 14—16: die 16. Lieferung führt das Erbrecht fort bis § 2195, die 15. ist die vorletzte des Familienrechts, die 16. die erste des von Prof. Kuhlenbeck bearbeiteten Rechts der Schuldverhältnisse: sie umfaßt die §§ 241—346 auf 192 Seiten; die eingehende, dem neuesten Stand der Literatur und Rechtsprechung entsprechende, klare und übersichtliche Darstellung erweckt die besten Erwartungen in betreff dieses für die Praxis angesichts des Ueberwiegens der obligationenrechtlichen Prozeße besonders wichtigen Teils des Kommentars: vergl. z. B. in den „Vorbemerkungen zu den §§ 323—327" auf S. 150—151 die Erörterung der Streitfrage, worin in den Fällen der Unmöglichkeit und des Verzugs bei gegenseitigen Verträgen der Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung besteht und wobei der Verfasser sicherlich mit Recht der „Differenztheorie" gegenüber der „Austauschtheorie" den Vorzug gibt; ferner auf S. 24—28 die Auseinandersetzungen über Kausalzusammenhang und Verschulden. Pf.

Bemerkung der Redaktion.

Der 27. Deutsche Juristentag hat Vorschlägen für die Art der Anführung von Rechtsquellen, Entscheidungen und wissenschaftlichen Werken seine Zustimmung erteilt, die im Druck erschienen sind und deren allgmeine Anwendung sehr erwünscht erscheint. Die Redaktion wird daher diesen Vorschlägen künftig folgen und ersucht die geehrten Herrn Mitarbeiter, ein Gleiches zu tun. Die Zitierweise der Jahrbücher ist: „WürttJ."

I.

Entscheidungen des Oberlandesgerichts.

A. in Civilsachen.

53.

Zur Auslegung der §§ 93. 94 BGB. (wesentliche Bestandteile).

In den — den Sachverhalt ergebenden —

Gründen

eines Berufungsurteils ist gesagt:

Der Beklagte bestreitet das Eigentum der Kläger, indem er geltend macht, daß die Beleuchtungsanlage im ganzen und in ihren einzelnen Teilen durch Zweck und Art ihrer Verbindung mit dem St.schen Fabrikgebäude ihre rechtliche Selbständigkeit verloren habe und Bestandteil des Gebäudes, damit aber zugleich Eigentum des Gebäudeeigentümers geworden sei. Die vom Beklagten in dieser Beziehung im einzelnen aufgestellten Behauptungen sind jedoch nicht geeignet, die Annahme zu begründen, daß die Beleuchtungsanlage ein wesentlicher Bestandteil des Gebäudes sei.

1) Die Dynamo-Maschine ist nach Behauptung des Beklagten in dem Fabrikgebäude in der Weise angebracht, daß im Boden desselben ein mehrere Zentner schwerer Steinsockel einen Meter tief eingelassen und auf diesem die Maschine teils mittels Schrauben teils durch Einlöten befestigt ist. Letzteres wird näher dahin erläutert, daß die Muttergewinde im Sockel eingelötet seien und die Maschine mit in

die Muttergewinde eingelassenen Schrauben festgehalten werde. Es ist dies die regelmäßig gebräuchliche Art, wie solche Maschinen aufgestellt werden, um ihnen den zum Betrieb erforderlichen Halt zu geben. Dabei ist weder beabsichtigt, die Maschine selbst in feste Verbindung mit dem Boden des Fabrikgebäudes zu bringen, noch ist dies tatsächlich der Fall, da durch Lösen der Verschraubung die Maschine jederzeit abgehoben und entfernt werden kann. Ist aber die Maschine jederzeit lösbar, so kann von einer festen Verbindung mit dem Gebäude nicht gesprochen werden, ohne daß es eines Eingehens darauf bedarf, ob etwa der Sockel selbst, auf welchen die Maschine aufgeschraubt ist, in solcher Verbindung mit dem Gebäude steht [1]).

Der bloße Zweck aber, eine bleibende Beleuchtungsanlage zu errichten, vermag diejenige Art der Verbindung der einzelnen Teile der Anlage mit dem Gebäude nicht zu ersetzen, die erforderlich ist, um dieselben ihrer Natur als selbständiger, besonderem Eigentum unterworfener Sachen zu berauben.

2) Die Akkumulatoren-Batterie mit 36 Elementen ist nach der Darstellung des Beklagten in einem innerhalb des Fabrikgebäudes errichteten und mit Grund und Boden verbundenen Holzverschlag „untergebracht", d. h. wohl: aufgestellt und mit dem Verschlag durch Drähte und Schrauben in Verbindung gebracht. Diese Art der Aufstellung und Befestigung der Batterie bietet jedoch keinen Anhalt für die Annahme eines Einfügens derselben in das Gebäude. Denn unter „Einfügen" ist ein Einpassen in ein größeres Ganzes und eine Verbindung mit umschließenden Stücken zu verstehen [2]). Davon kann jedoch hier keine Rede sein, auch dann nicht, wenn die Batterie oder die einzelnen Elemente etwa mit Schrauben festgehalten sind. Die Drahtleitungen aber sind weder bestimmt noch geeignet, der Befestigung der Batterie oder der Verbindung derselben mit

[1]) Vgl. JW. 1904 S. 110 nicht entgegensteht: JW 1904 S. 138.
[2]) Vgl. RG. Bd. 56 S. 288.

dem Gebäude zu dienen, haben vielmehr lediglich den Zweck der Weiterleitung der Elektrizität [1]).

3) Die Schalttafel endlich mit den im Klagantrag bezeichneten, an derselben befestigten einzelnen Apparaten ist nach Behauptung des Beklagten an einer Seitenwand des Fabrikgebäudes mit vier großen Nägeln befestigt und zum Teil angelötet. Die von der Schalttafel ausgehenden Drähte gehen durch die Wände des Fabrikgebäudes hindurch. Trotzdem kann es sich auch hier um ein Einfügen in das Gebäude nicht handeln. Denn die Tafel ist, auch wenn sie angelötet ist, eben an der Wand befestigt, und das Durchführen der Drähte durch die Wand ist wiederum nicht dazu bestimmt und geeignet, eine engere Verbindung zwischen der Tafel und der Wand herzustellen, hat vielmehr auch hier nur den Zweck der Weiterleitung der Elektrizität.

Begründet nach dem Gesagten bei keinem der einzelnen Gegenstände, deren Herausgabe gefordert wird, die Art der Anbringung die Annahme, daß sie Bestandteile des Fabrikanwesens geworden seien, so ist auch das Eigentum des Klägers nicht untergegangen. Daß die Tatsache der Mitverpfändung der Beleuchtungsanlage mit dem Anwesen selbst seitens des St. eine Aenderung der Rechte des Klägers nicht bewirken konnte, bedarf keiner Ausführung.

Urteil des II. C.-S. vom 6. Juni 1904 i. S. Straubsche Konkursmasse gegen Köpf.

54.

Gegen die guten Sitten verstoßendes Rechtsgeschäft? § 138 B.G.B.

Aus den

Gründen

eines Berufungsurteils:

Nicht bloß, wenn die Beklagte, wie sie dem Notar an-

[1]) Vgl. cit. RG. Bd. 56 S. 288.

gab, in Gütertrennung, sondern auch wenn sie in Wahrheit im gesetzlichen Güterrecht gelebt hat, war sie in Absicht auf ihre persönliche Verpflichtungsfähigkeit durch das Verwaltungs- und Verfügungsrecht ihres Ehemanns nicht beschränkt (BGB. § 1399), konnte also die Bürgschaftsverbindlichkeit auch ohne seine Zustimmung mit rechtlicher Wirkung eingehen. Wenn sie dies getan hat in dem von ihr ausgesprochenen Bewußtsein, daß ihr Ehemann diese Zustimmung niemals geben würde und daß, um seinem Zorn zu entgehen, die Sache vor ihm verheimlicht werden müsse, so hat sie hiemit ihrem Ehemann gegenüber nicht bloß die rechte eheliche Gesinnung vermissen lassen, sondern — regelmäßige Verhältnisse vorausgesetzt — unsittlich gehandelt und wenn der Kläger die hierauf bezügliche (von H. bezeugte) Aeußerung der Beklagten g e h ö r t und gleichwohl ihr Bürgschaftsanerbieten angenommen hat, so ist auch seine Handlungsweise, wofern nicht außerordentliche (hier nicht ersichtliche) Umstände sie rechtfertigen, vom Standpunkt strenger Moral zu verurteilen. Daraus folgt aber nicht, daß die Bürgschaftsleistung der Beklagten im Sinne des Rechtsgesetzes, des § 138 B.G.B. „gegen die guten Sitten verstoße" und darum nichtig sei; denn die hier genannten „guten Sitten" sind nicht gleichbedeutend mit den Forderungen der Sittlichkeit im Sinne der Moral, sondern mit denjenigen Forderungen, welche aus dem im Rechts- und Geschäftsverkehr als gute Sitte geltenden und tatsächlich als solche regelmäßig Geübten sich ergeben, und mit diesem Maßstab gemessen kann die Annahme des Bürgschaftserbietens der Beklagten seitens des Klägers und damit das Rechtsgeschäft der Bürgschaftsleistung im ganzen nicht als ein Verstoß gegen die guten Sitten gelten, da Kläger nach der im Verkehr in dieser Hinsicht geltenden Anschauung die Verantwortung des Geschäfts gegenüber dem Ehemann der Beklagten dieser allein überlassen konnte, sofern der Beklagten Gründe zur Seite stehen mochten, welche ihr im allgemeinen als unsittlich erscheinendes Handeln bei hier etwa obwaltenden besonderen Verhältnissen

zu rechtfertigen oder zu entschuldigen geeignet sein konnten, Gründe, deren Ermittlung und Prüfung dem Kläger, als einem dritten, weder zustand noch tatsächlich möglich war.

Daß dem Kläger auch eine Ausbeutung des Leichtsinns oder der Unerfahrenheit der Beklagten zur Erlangung eines unverhältnismäßigen Vorteils im Sinne des Abs. 2 des § 138 B.G.B. nicht vorzuwerfen sei, ergibt sich aus dem bisher Ausgeführten von selbst.

Urteil des I. C.-S. vom 24. Juni 1904 i. S. Müller gegen Rudolf.

55.

Ist der Anspruch des Maklers auf Provision begründet, wenn der unter einer auflösenden Bedingung abgeschlossene Kauf sich durch Eintritt der Bedingung auflöst?

Hierüber sagen die

Gründe

eines Berufungsurteils:

Entsprechend der für das bisherige Recht maßgebenden Auffassung ist auch für das jetzige Recht, welches eine ausdrückliche Bestimmung über den Fall nicht enthält, daß das durch den Makler vermittelte Geschäft unter einer auflösenden Bedingung geschlossen wurde, davon auszugehen, daß die regelmäßige Absicht der Vertragsschließenden eines Mäklervertrags die ist, es solle der Mäklerlohn nur dann verdient sein, wenn das vermittelte Geschäft unbedingt geworden ist und infolge dessen aufrecht bleibt[1]). Anders liegt die Sache dann, wenn eine abweichende Vereinbarung von den Parteien des Mäklervertrags getroffen worden ist; hiefür ist beweispflichtig, wer den Anspruch auf Mäklerlohn erhebt.

Urteil des I. C.-S. vom 25. März 1904 i. S. Gassert gegen Proß.

[1]) Vgl. Planck zu § 652 Note 2 lit. c., Staub, Komm. z. HGB. 6./7. Aufl. zu § 92 Anm. 22.

56.

Ist die Unterlassung der Rüge, daß eine Prozeßvorschrift verletzt sei (§ 295 CPO.) von Bedeutung für die Unterbrechung der Verjährung?

Klin. hatte gegenüber der Einrede der Bekl., die Klagforderung sei verjährt, eingewendet, die Verjährung sei durch Zustellung eines Zahlungsbefehls unterbrochen worden; es wurde erhoben, daß eine solche Zustellung zwar erfolgt war, aber in einer den gesetzlichen Vorschriften nicht entsprechenden Weise (nämlich an die Frau des Ortsvorstehers der beklagten Gemeinde, während die Gemeinde ein „besonderes Geschäftslokal" i. S. des § 184 Abs. 2 CPO., nämlich ein Rathaus, hatte). Im landgerichtlichen Verfahren hatte die Bekl. diesen Mangel der Zustellung nicht gerügt. Das Berufungsgericht erachtete die Einrede der Verjährung für begründet.

Aus den

Gründen:

Wenn nun auch aus dem Bisherigen sich ergibt, daß die Bekl. mit einer prozessualen Rüge des Mangels der Zustellung, etwa wegen der Kosten des Mahnverfahrens, nicht mehr zu hören wäre, vielmehr durch die Unterlassung der Rüge eine — und zwar rückwärts wirkende — Heilung des Mangels eingetreten ist [1]), so erhebt sich doch die Frage, ob die Unterlassung der Rüge auch für die Unterbrechung der Verjährung von Bedeutung ist. Für die Bejahung dieser Frage könnte angeführt werden, daß, wenn das BGB. einmal an bestimmte prozessuale Handlungen die Wirkung der Unterbrechung der Verjährung, also Wirkungen in materiellrechtlicher Hinsicht knüpft, für die Beurteilung der Gültigkeit dieser Handlungen nicht bloß die dieselben regelnden besonderen Vorschriften, sondern auch die Bestimmungen der

[1]) Gaupp-Stein Bem. IV zu § 295.

Prozeßordnung im allgemeinen, mithin hier namentlich CPO. § 295, als maßgebend anzusehen seien. Allein dies kann nicht ohne Einschränkung gelten. Zwar besteht gegen die Heranziehung von § 295 kein Bedenken, wenn und solange die Unterlassung der Rüge in die Zeit *vor* Ablauf der Verjährungsfrist fällt und es sich daher *lediglich* um die Beseitigung eines der Zustellung anhaftenden Mangels handelt. Anders aber liegt die Sache, wenn, wie im gegenwärtigen Fall, vor dem Eintritt der den Mangel heilenden Tatsache (der Unterlassung der Rüge in der mündlichen Verhandlung) die Verjährung vollendet und hiedurch der Verpflichtete nach BGB. § 222 Abs. 1 berechtigt worden ist, die Leistung zu verweigern. In diesem Fall handelt es sich nicht mehr bloß um die Heilung der mangelhaften Zustellung, sondern um die Beseitigung eines inzwischen entstandenen Rechts des Verpflichteten. Der Unterlassung der Rüge die Wirkung eines Verzichts auf ein solches Recht beizulegen, erscheint vom Standpunkt der Bestimmung des § 295 nicht angängig und läßt sich auch nicht aus allgemeinen Grundsätzen rechtfertigen — zumal nicht im vorliegenden Fall, in welchem Beklagter ja von Anfang an in 1. Instanz die Einrede der Verjährung geltend gemacht hat [1]).

Das BGB. selbst enthält keine Bestimmung, nach welcher etwa der ungültigen Zustellung nachträglich Wirksamkeit in Ansehung der Unterbrechung der Verjährung verschafft worden wäre, namentlich zufolge der späteren Klagerhebung die Verjährung als durch die Zustellung des Zahlungsbefehls unterbrochen zu gelten hätte. Insbesondere bezieht sich § 212 Abs. 2 nur auf den Fall der Unterbrechung der Verjährung durch Erhebung einer Klage und ist als Ausnahme-

[1]) Vgl. auch RG. 14 S. 341; Bd. 45 S. 426; *Gaupp-Stein* Kom. z. CPO. 3. Aufl. Bem. III zu § 267 (anders 4. Aufl. Bem. IV zu § 295); anderer Meinung auch *Struckmann-Koch*, Kom. z. CPO. 8. Aufl. Bem. 3 Abs. 2 zu § 295; *Seuffert*, Kom. z. CPO. 8. Aufl. Bem. 6 zu § 295.

vorschrift auch nicht analog hieher anwendbar [1]).

Urt. des II. C.-S. v. 14. Juli 1904 i. S. Süddeutsche Wasserwerke g. Wurmberg.

57.

Haftung des Verkäufers eines „Bauplatzes" dessen Ueberbaubarkeit gemäß Art. 224 AGBGB. beschränkt ist (§§ 459, 434 BGB.)?

Der Sachverhalt ergibt sich aus den

Gründen:

Es ist davon auszugehen, daß der Kläger nicht in der Lage ist, auf dem gekauften Platz unter Einhaltung der in Art. 224 AGBGB. vorgesehenen Abständen ein seinen Zwecken genügendes Gebäude zu erstellen. Es ist auch kein Zweifel, daß er das Grundstück in der dem Beklagten bekannten Absicht, dort ein Gebäude zu errichten, gekauft hat. Ferner steht fest, daß die Nachbarn K. und F., insbesondere der letztere, an ihren Rechten aus dem angeführten Art. 224 festhalten. Sie haben allerdings am 20. Juli 1903 erklärt, daß sie — von nicht in Betracht kommenden Bedingungen abgesehen — keine Einwendungen gegen das Bauwesen erheben. Diese Erklärung umfaßt an sich auch auf privatrechtlichen Gründen beruhende Einwendungen. Denn diese sind ebenfalls dem Verständigungsverfahren des Art. 86 der der N. Allg. Bauordnung unterstellt [2]). Da aber nachgewiesen ist, daß F. und K. bei Abgabe der damaligen Erklärung an die Vorschrift des Art. 224 nicht gedacht haben und da sie, als sie davon erfuhren, sofort erklärten, auf den Vorteil dieser Bestimmung nicht zu verzichten, so haben sie ihre frühere irrtümliche Erklärung rechtzeitig angefochten.

[1]) Vgl. auch Protokolle der Kom. für die 2. Lesung des Entw. eines BGB. (Ausgabe von W. Achilles) Bd. 1 S. 228, 230.

[2]) Vgl. Erlaß des Ministeriums des Innern v. 20. Febr. 1873, Amts-Blatt 1875 S. 16 und v. 14. Sept. 1875 (AB. 1877 S. 211).

Die Verweigerung der polizeilichen Baugenehmigung kommt als solche für den vorliegenden Rechtsstreit nicht in Betracht, da sie lediglich auf dem Vorhandensein der privatrechtlichen Beschränkung des Art. 224 AGBGB. beruht. Uebrigens war das Oberamt befugt, mit Rücksicht auf dieses Hindernis bis zu einer Entscheidung des Civilrichters die polizeiliche Genehmigung zu verweigern [1]).

Mit Recht hat nun der erste Richter verneint, daß ein Fehler oder eine Eigenschaft der Kaufsache im Sinne des § 459 BGB. in Frage stehe und daß der Beklagte eine Zusage gemacht habe. Es handelt sich um ein rechtliches Hindernis, das nicht dem Grundstück anhaftet, sondern das der Art und Weise, wie es der Kläger überbauen will, entgegensteht. Dies ist keine Eigenschaft des Grundstücks und es kann dahingestellt bleiben, ob die Bebaubarkeit des Grundstücks im rechtlichen Sinn überhaupt zu den Eigenschaften gerechnet werden [2]).

Wenn der Beklagte hiefür haftbar gemacht werden sollte, so hätte es durch Uebernahme einer Garantie seitens des Beklagten geschehen müssen. Eine solche ist aber nicht versprochen worden. In dem beurkundeten Kaufvertrag ist davon nicht die Rede. Wenn hier in dem Beschrieb des Kaufgrundstücks dieses als „Bauplatz" bezeichnet ist, so ist daraus höchstens das abzuleiten, daß dem Beklagten die Absicht des Klägers, das Grundstück zu überbauen, bekannt und dies der im Vertrag vorausgesetzte Gebrauch des Grundstücks war, sowie daß der Beklagte seinerseits gegen Treu und Glauben handeln würde, wenn er dem Bau Hindernisse bereitete. Daß der Beklagte aber dafür einstehen soll, daß dem Bau sonst kein rechtliches oder tatsächliches Hindernis entgegensteht, ist damit nicht zum Ausdruck gebracht. Es bedarf daher keines Eingehens auf die von dem Beklagten zur Widerlegung der Behauptung, es sei eine Zu-

[1]) AV. des Min. d. Innern 1877 S. 262, 1878 S. 26. Reiff, BauO. Art. 1 Anm. 1; Art. 88 Anm. 2.

[2]) Vgl. RG. Bd. 52 S. 429.

sage gegeben, vorgebrachten Tatsachen und Beweismittel.

Der Vertrag ist, da Auflassung und Eintragung in das Grundbuch erfolgt sind, seinem ganzen Inhalt nach gültig und es wären (§ 313 Abs. 2 BGB.) auch mündliche Vereinbarungen, die Teil des Vertrags geworden und geblieben sind, zu beachten. Der Kläger hat nun behauptet, der Beklagte habe beim zweiten Kauf zu ihm gesagt, auf diesem Platz könne er bauen. Der Kläger hat aber nicht dargetan, daß dies, wenn es überhaupt gesprochen wurde, als Bestandteil des Vertrags vereinbart wurde. Auch läßt die Aeußerung nicht erkennen, ob damit überhaupt eine Zusicherung gegeben worden und welcher Art diese gewesen wäre und keinenfalls ist ihr zu entnehmen, daß der Beklagte damit unbeschränkte Garantie geleistet habe, daß der Kläger auf dem Platz ein für ihn passendes Haus erstellen könne.

Unzutreffend ist es, wenn der erste Richter auf Grund der §§ 434, 440 BGB. eine Schadensersatzpflicht des Beklagten annimmt.

Es unterliegt keinem Anstand, den § 434 zur Anwendung zu bringen, wenn zur Zeit des Kaufs auf Grund einer privatrechtlichen Verletzung des Nachbarrechts ein Anspruch eines dritten besteht, wenn z. B. ein ohne Einhaltung der gesetzlichen Abstände errichtetes Haus verkauft wird. Daß aber ein Verkäufer die Nichtbeseitigung der gesetzlichen Eigentumsbeschränkungen an sich gemäß § 434 als Mangel im Recht zu vertreten habe, widerspricht ebenso dem Wortlaut und Sinn des Gesetzes, als sich die Folgerungen aus einem solchen Rechtssatz, also die Verpflichtung, die ganze Verjährungszeit über die Beseitigung von Eigentumsbeschränkungen, wann dies verlangt wird, zu gewähren, als unmöglich erweisen. Durch eine gesetzliche Eigentumsbeschränkung wird der Eigentümer in der vollen Ausnützung seines Eigentums gehindert. So lange es aber der Eigentümer nicht unternimmt, der Beschränkung zuwiderzuhandeln, so lange besteht kein Recht, das ein dritter geltend machen kann. Erst die Tätigkeit des Klägers nach dem Kauf hat bewirkt, daß die

Nachbarn ein solches Recht erlangt haben. Der § 434 BGB. verpflichtet gerade im Gegenteil den Verkäufer, eine Grunddienstbarkeit, wonach ein Nachbar von einer Eigentumsbeschränkung befreit ist, zu beseitigen.

Der Kaufvertrag der Parteien ist nicht unter der Bedingung, daß der Kläger ein zweckentsprechendes Haus erstellen könne, abgeschlossen. Es ist dies auch nicht behauptet. Ebenso ist der Vertrag nicht angefochten worden und daher nicht zu prüfen, ob die Voraussetzungen des § 119 Abs. 2 BGB. vorliegen.

Urt. des II. C.-S. vom 20. Juni 1904 i. S. Bihl g. Klaußner.

58.

Garantievertrag.

Der Beklagte hat der Klägerin als Hypothekengläubigerin seines Pfleglings, der das hypothekarisch belastete Grundstück gekauft hatte, „für die richtige Zinszahlung" „garantiert", wogegen Klägerin für rückständige Zinsen Stundung gewährte. Ueber die rechtliche Natur dieser Zusicherung sagen die

Gründe

des Berufungsurteils:

Der erste Richter faßt die Garantie des Beklagten als Bürgschaft auf und zwar als selbstschuldnerische.

Es liegt jedoch nicht Bürgschaft vor, auch nicht Kreditauftrag, sondern ein — im BGB. nicht weiter geregelter — Garantievertrag (dessen Abschluß keiner Form bedarf) [1]).

Charakteristisch ist zunächst, daß die rechts- und ge-

[1]) Vgl. Planck Band II S. 509 Vorbemerkung zum 18. Titel Z. III Abs. 2; Windscheid-Kipp II S. 763/764; Dernburg II S. 361; Staudinger II S. 615 Ziffer 3 b; Oertmann zu § 676 S. 411 Ziffer 2 d; Motive II S. 658 oben; — Stammler im Arch. Civ. Prax. S. 69 S. 1 ff. insbesondere S. 53/60; Unger in Iherings J. Band 33 S. 299/300.

schäftskundigen Parteien nirgends — auch nicht in der Korrespondenz — das doch so nahe liegende Wort „Bürgschaft" gebrauchten, sondern immer nur von der „Garantie" des Beklagten redeten; hätten die Parteien an Bürgschaft gedacht, so würden sie die Bestimmung „selbstschuldnerisch" zweifellos ausdrücklich getroffen haben. Der Beklagte hatte ein Interesse daran, daß die Gläubiger ihre Hypothekenforderung nicht kündigten und zwangsweise beitrieben, sonst hätte er die Garantie gar nicht übernommen; um diesem Interesse zu genügen, übernahm er eine selbständige neue Obligation, nämlich die richtige Zinszahlung[1]); ebenso hätte der Beklagte den Gläubigern den Ersatz des ihnen aus der Stundung erwachsenen Schadens garantieren können; daß dies nicht vereinbart wurde, sich die Garantie vielmehr auf die richtige Zinszahlung beschränkte, ist eine rein tatsächliche Verschiedenheit: juristisch scheinen beide Fälle völlig gleich; es ist der reine Zufall, daß für die Zinsen bereits ein anderer Schuldner — sei's persönlich, sei's nur mit dem Grundstück — haftete: dieser Schuldner ist auch gar nicht erwähnt; — nicht für einen andern einstehen wollte der Beklagte, sondern was er zur Garantie übernahm, dafür haftete zufällig den Gläubigern noch ein Dritter. Es kann auch ein Kreditauftrag[2]) nicht angenommen werden: dafür, daß die Stundungsverpflichtung der Gläubiger auf einem Auftrag des Beklagten beruhte, fehlt jeder Anhalt[3]). Liegt aber ein Garantievertrag vor, so ist völlig gleichgültig, wer sonst Schuldner der Hypothekenzinsen

---

[1]) Papinianus non putat eam intercessisse: nullam enim obligationem alienam recepisse neque veterem neque novam, sed ipsam fecisse hanc obligationem, l. 8 § 1 D 16. f. Stammler a. a. O. S. 53.

[2]) Unger a. a. O. S. 302 „Kredit zu gewähren oder zu verlängern".

[3]) Vgl. über die Erfordernisse des Kreditauftrags RG. 56 S. 133/136.

war, es kommt auf die Nichtigkeit des Kaufvertrags vom 24. Oktober 1900 nichts weiter an.

Urt. des II. C.-S. vom 15. Dez. 1904 i. S. Ehninger g. Schaible.

59.

Haftung eines Bankiers aus Raterteilung betreffs des Ankaufs von Spekulationspapieren.

Der auf Zahlung eines Kontokorrentsaldos belangte Beklagte machte geltend, der Bankier B., der seine Ansprüche an die Klägerin abgetreten hatte, habe ihn durch arglistig oder mindestens fahrlässig erteilten schlechten Rat zum Kauf der Bergwerkskuxe, um deren Bezahlung es sich handelte, veranlaßt.

Aus den

Gründen

des Berufungsurteils:

Prüft man, ob dem Beklagten die von ihm behaupteten Ansprüche gegen B. zustehen, so ist mit der Civilkammer [1]) davon auszugehen, daß B. vertragsmäßig auf Ersatz des Schadens haftet, den der Beklagte zufolge des Ankaufs der Kuxe durch Verschulden (Arglist oder Fahrlässigkeit) B.s erlitten hat. Daß dem B. ein solches Verschulden zur Last fällt, hat der Beklagte, der auf diese Behauptung seine Ansprüche stützt, zu beweisen. „Wofür eingestanden wird", sagt zutreffend das Reichsgericht [2]), „ist, daß der Bankier bei der Raterteilung nicht die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns außer Augen setzt, daß also namentlich seine positiven Aeußerungen auf einer sorgfältigen Prüfung der Umstände und Verhältnisse beruhen, auf die ein sachverständiger Beurteiler Wert legen wird" und daß er, wie beigefügt wer-

---

[1]) Im Anschluß an RG. 42 nr 30; vgl. auch Staub, Kom. zum HGB. Anm. 12 u. 13 im Exkurs zu § 349 HGB.

[2]) A. a. O.

den mag, keine ihm bekannten, für die Beurteilung erheblichen Umstände verschweigt, falls er dem Kunden gegenüber Tatsachen anführt, die dessen Entschließung in bestimmter Richtung zu beeinflussen geeignet sind. Eine weitergehende Haftung B.s ist durch den Brief des Bekl. vom 6. September 1896 nicht begründet worden.

Darüber kann kein Zweifel sein, daß Bekl. die Kuxe nicht als Anlagepapiere, sondern zwecks Spekulation kaufen wollte. Ob sich ganz allgemein [1]) sagen läßt, Bergwerkskuxe seien Spekulationspapiere, weil bei ihnen jederzeit mit dem Eintritt ungünstiger Ereignisse gerechnet werden müsse, kann dahingestellt bleiben; denn jedenfalls spricht im vorliegenden Fall das ganze Gebaren des Bekl. für eine Spekulationsabsicht: er hat 1896 für 40 000 M., 1897 für weitere 100 000 M. Kuxe gekauft, obwohl er — wie er selbst zugibt — „nicht so viel flüssiges Geld hatte, um die Papiere bar zu bezahlen“ [2]) und obwohl er dem B. „hohe Zinsen und Provisionen“ bezahlen mußte; er hat die Papiere bei B. belassen und mit diesem über die Kux-Geschäfte telegraphisch verkehrt; er hat nie im Verkehr mit B. (soviel man sieht) ein Wort dahin geäußert, es sei ihm um solide Anlagepapiere zu tun; er gibt selbst zu, daß er bei günstiger Gelegenheit die Kuxe mit Gewinn zu veräußern getrachtet habe.

B. mußte unter diesen Umständen annehmen, es handle sich um Spekulationsgeschäfte des Bekln., und sein Rat werde, wie es auch nach dem gesagten in der Tat der Fall war, in betreff des zu Spekulationszwecken erfolgenden Ankaufs von Kuxen verlangt.

Wer aber in betreff von Spekulationsgeschäften Rat erteilt hat, dem muß — soll ihm Fahrlässigkeit in der Ratserteilung vorgeworfen werden können —, nachgewiesen wer-

[1]) Mit RG. in Gruchots Beitr. 48 S. 102.

[2]) Vgl. hiezu Staub a. a. O. Anm. 19 im Exkurs zu § 349 HGB. — „Wer mehr Papiere kauft, als er bezahlen kann, spekuliert.“

den, daß er bei Anwendung der gehörigen (nach der Ausdrucksweise des B.G.B. „der im Verkehr erforderlichen") Sorgfalt sich hätte sagen müssen oder sollen, die Spekulation werde vermutlich zu einem ungünstigen Ergebnis führen. Da eine Spekulation als solche notwendig mehr oder weniger den Charakter eines Wagnisses an sich trägt, auf Vermutungen und Hoffnungen für die Zukunft beruht, auf Ausnützung gewinnbringender Konjunkturen ausgeht, so kann den Berater des Spekulanten nicht schon deshalb ein Vorwurf treffen, weil er Papiere empfohlen hat, deren dauernde und gleichmäßige Rentabilität zweifelhaft erscheinen muß, oder ein Geschäft angeraten hat, dessen günstiger Ausgang ihm fraglich sein mußte; er hat vielmehr die (im Spekulationsverkehr) erforderliche Sorgfalt nur dann nicht beobachtet, wenn er den Ankauf eines Papiers unter Umständen angeraten hat, die ein demnächst oder in absehbarer Zeit [1]) eintretendes Steigen des zum Zweck Wiederverkaufs zu erwerbenden Papiers nach Erwägung aller Umstände unwahrscheinlich machten, oder wenn er bei Schilderung der einschlägigen Verhältnisse die g e g e n die Spekulation sprechenden Umstände anzuführen unterließ.

Urt. des I. C.-S. vom 24. Februar 1905 i. S. Bok g. von der Heydt.

60.

Haftung eines Wirts für einen Unfall, den in seinem Hofraum ein Gast durch Absturz erleidet?

Der Kläger hat am 20. Oktober 1903 Abends dadurch einen Unfall erlitten, daß er von dem zum Wirtschaftsanwesen des Beklagten gehörigen Hofraum, in den er sich begeben hatte, um dort seine Notdurft zu verrichten, in die unmittelbar vorüberfließende Enz hinabstürzte und sich eine Verletzung des linken Unterschenkels zuzog. Hiefür wollte

[1]) Vgl. RG. in DJZ. 1904 Sp. 650.

er den Beklagten deshalb verantwortlich machen, weil dieser den Zugang zu dem Hofraum nicht genügend verwahrt und so durch Fahrlässigkeit den Unfall verursacht habe.

Die Klage ist abgewiesen worden, vom Berufungsgericht aus folgenden

Gründen:

I. Der Kläger stützt seine Schadensersatzforderung in erster Linie darauf, daß der Beklagte ihm gegenüber die jedem Inhaber einer öffentlichen Wirtschaft obliegende „Verpflichtung zur Bewahrung seiner Gäste vor Unglücksfällen" schuldschaft verletzt, mithin durch Fahrlässigkeit den Unfall des Klägers herbeigeführt und sich aus § 823 Abs. 1 B.-G.B. haftbar gemacht habe. Richtig ist nun soviel, daß jeder, der sein Grundstück zum öffentlichen Verkehr bestimmt und einrichtet, verpflichtet ist, dies in einer Weise zu tun, wie es den Anforderungen der Verkehrssicherheit entspricht, und daß er für einen, auf eine Verletzung dieser Pflicht zurückzuführenden Schaden aufzukommen hat [1]). Dies trifft insbesondere auch zu für den Gastwirt in Absicht auf die Räume, die für die Benützung durch die Gäste und die sonstigen in der Wirtschaft verkehrenden Personen bestimmt sind [2]). Der Hofraum aber, von dem der Kläger in die Enz abgestürzt ist, war zurzeit des Unfalles, wie dem Kläger unstreitig bekannt war, weder irgendwie zu Wirtschaftszwecken bestimmt, noch diente er als ordnungsmäßiger Zugang zu den Wirtschaftsräumen; auf Grund der ihm obliegenden allgemeinen Fürsorgepflicht war daher der Beklagte nicht gehalten, auf dem Hof besondere Vorrichtungen zum Schutze seiner Gäste anzubringen. Eine solche Verpflichtung ist auch nicht daraus abzuleiten, daß der Gedanke nahe lag, manche von den Gästen und Musikanten könnten auf jenen Hof austreten, um dort ihre Notdurft zu verrichten. Denn da im Hause eine für die Gäste bestimmte Abortgelegenheit vorhanden, der Hof aber, auf dem sich kein Abort befand, nach der

[1]) Vgl. RG. Bd. 54 S. 59.

[2]) Vgl. JW. 1903 Beil. S. 93 fg. Nr. 214.

eigenen Behauptung des Klägers unbeleuchtet und finster war, konnten die Gäste nicht annehmen, daß ihnen die Benützung des Hofes zu dem gedachten Zweck von dem Beklagten freigegeben sei, und zwar selbst dann nicht, wenn der Beklagte, wie Kläger in der Berufungsinstanz unter Eideszuschiebung behauptet hat, das Austreten von Gästen auf den Hof bemerkt haben und nicht dagegen eingeschritten sein sollte. Es kann deshalb auch dahingestellt bleiben, ob der Beklagte die von der Veranda nach dem Hof führende Tür abgeschlossen hatte und von wem diese Türe zuerst geöffnet worden ist, denn eine Pflicht des Beklagten, die Türe geschlossen zu halten und dadurch die Gäste und insbesondere den mit den Oertlichkeiten genau bekannten Kläger von dem Betreten eines für ihren Verkehr nicht bestimmten Raumes abzuhalten, bestand nicht.

II. Auch eine Haftung des Beklagten nach § 823 Abs. 2 B.G.B. läßt sich nicht begründen. Es mag angenommen werden, daß der Beklagte gegen das Schutzgesetz des § 367 Z. 12 St.G.B. verstoßen hat, sofern er den senkrechten „Abhang" seines Hofes gegen die Enz unverwahrt gelassen hat. Allein eine Ersatzpflicht des Beklagten würde nach § 823 Abs. 2 Satz 2 BGB. nur dann eintreten, wenn jener Verstoß gegenüber dem Kläger ein *schuldhafter* wäre. Dies trifft deshalb nicht zu, weil der Kläger, wie unter I. dargelegt wurde, zur Zeit des Unfalles nicht befugt war und keinen berechtigten Anlaß hatte, den Hof des Beklagten zu betreten, ihm gegenüber war daher der Beklagte auch aus § 367 Z. 12 StGB. zur Verwahrung seines Hofes nicht verpflichtet [1]).

III. Jedenfalls aber ist eine Haftung des Beklagten deshalb ausgeschlossen, weil der Unfall des Klägers auf dessen eigenes Verschulden zurückzuführen ist. Dem Kläger waren, wie unbestritten ist, die Oertlichkeiten genau bekannt; er wußte auch, daß der früher an dem Abfall des Hofes

[1]) Vgl. WürttJ. Bd. 14 S. 131.

gegen die Enz angebrachte Zaun im April 1902 entfernt worden ist. Unerheblich ist, ob er bestimmte Kenntnis davon hatte, daß der Zaun zur Zeit des Unfalles immer noch fehlte. Denn gerade wenn er von dem Zustand des Hofes zur Zeit des Unfalles keine genaue Kenntnis hatte, mußte ihn dies zur Vorsicht mahnen und von einem Betreten des Hofes, jedenfalls aber von einem Vorschreiten auf diesem in der Richtung gegen die Enz abhalten [1]). Wenn der Kläger unter Mißachtung jeder Vorsicht, obgleich er den im Hause gelegenen, ihm bekannten Abort hätte benützen können, auf den finsteren Hof hinausgetreten und auf diesem so weit vorgegangen ist, bis er in die Enz hinabstürzte, so liegt hierin ein so schweres eigenes Verschulden des Klägers, daß dieses — selbst wenn auch ein Verschulden auf seiten des Beklagten angenommen werden wollte — als die weitaus vorwiegende Ursache des dem Kläger aus dem Unfall erwachsenen Schadens anzusehen und daher die Verpflichtung des Beklagten zum Schadensersatz nach § 254 BGB. völlig aufgehoben ist.

Urteil des I. C.-S. vom 22. April 1904 i. S. Bausert g. Schäffler.

61.

Ist Art. 9 Abs. 2 des Gesetzes vom 19. Mai 1852 über die polizeilichen Beschränkungen der Versicherung des beweglichen Vermögens gegen Feuersgefahr durch § 121 des Reichsges. vom 12. Mai 1901 über die privatrechtlichen Versicherungsunternehmungen aufgehoben?

Die Beklagten haben bei der Klägerin auf den Zeitraum vom 31. März 1893 Mittags 12 Uhr bis 31. März 1903 Mittags 12 Uhr Sachen gegen Feuerschaden unter den allgemeinen und besonderen Versicherungsbedingungen der Klägerin versichert. Die Versicherungspolicen enthalten folgende Bestimmung: „Falls gegenwärtige Versicherung nicht

[1]) Vgl. JW. 1903 a. a. O.; WürttJ. Bd. 8 S. 48 f.

spätestens drei Monate vor ihrem Ablauf vom Versicherten — schriftlich gekündigt wird, so gilt sie für die gleiche Dauer und zu denselben Bedingungen rechtskräftig erneuert, welche in gegenwärtiger Police festgesetzt sind". — Die Beklagten haben die Versicherungen vor 31. Dezember 1902 nicht gekündigt, Klägerin sah sie daher als für die Zeit bis 31. März 1913 erneuert an und hat beim Widerspruch der Beklagten hiegegen Klage auf Feststellung des Bestehens der Versicherungsverträge bis zu dem genannten Zeitpunkt und auf Bezahlung verfallener, der Höhe nach nicht beanstandeter Versicherungsprämien erhoben, während die Beklagten Abweisung der Klage beantragt haben.

Die Beklagten haben folgenden Standpunkt vertreten: nach Art. 9 Abs. 2 des württ. Ges. über die polizeilichen Beschränkungen der Versicherung des beweglichen Vermögens gegen Feuersgefahr vom 19. Mai 1852 trete mit Ablauf von 10 Jahren die gemeinderätliche Beurkundung des Anschlags der versicherten Sachen außer Wirkung und sei „zur Erneuerung der eben damit erlöschenden Versicherung ein neuer Versicherungsantrag und die Beurkundung desselben durch den Gemeinderat erforderlich"; hienach könne ein Feuerversicherungsvertrag auch nicht im voraus über 10 Jahre hinaus abgeschlossen werden, eine den Zeitraum von 10 Jahren überschreitende Versicherung sei daher insoweit unzulässig und von Anfang an unwirksam. Die Bestimmung des erwähnten Art. 9 Abs. 2 sei durch § 121 des Reichsgesetzes über die privatrechtlichen Versicherungsunternehmungen vom 12. Mai 1901 nicht berührt, wodurch die landesrechtlichen Vorschriften aufgehoben werden, die den Abschluß von Feuerversicherungsgeschäften von einer vorgängigen polizeilichen Genehmigung abhängig machen; zudem komme aber bei Beurteilung der vorliegenden vor dem 1. Januar 1900 abgeschlossenen Versicherungsverträge nach dem entsprechend anwendbaren Grundsatz des Art. 170 EGBGB nicht das RGes. vom 12. Mai 1901, sondern das württ. Ges. vom 19. Mai 1852 zur Anwendung. Nach heutiger

Rechtsauffassung sei eine Vereinbarung, wonach ein Versicherungsvertrag im Fall seiner Nicht-Kündigung als auf weitere 10 Jahre abgeschlossen gelten solle, den guten Sitten zuwiderlaufend und daher nichtig.

Es wurde nach dem Klagantrag erkannt, vom Berufungsgericht aus folgenden

Gründen:

I. Man mag mit den Beklagten den Art. 9 Abs. 2 des württ. Ges. vom 19. Mai 1852 dahin verstehen, daß jeder unter das Gesetz fallende Versicherungsvertrag nach Ablauf von 10 Jahren kraft Gesetzes erlosch. Hiefür spricht der Wortlaut des Gesetzes mit der Wendung: „zur Erneuerung der eben damit erlöschenden Versicherung" sei ein neuer Versicherungsantrag und dessen Beurkundung durch den Gemeinderat erforderlich. Trotzdem ist aber der Klaganspruch begründet, weil diese Vorschrift zu der Zeit, als ihr zufolge die Versicherungsverträge vom 31. März 1893 erloschen wären, nicht mehr zu Recht bestand.

II. Die Civilkammer hat ausgeführt: der in Frage stehenden Vertragsklausel komme „die Bedeutung einer im voraus abgegebenen, auf Neuabschluß des (Versicherungs-)Vertrags unter den bisherigen Bedingungen gerichteten Willenserklärung" zu, in der Weise, daß „das mit Ablauf der ersten zehn Jahre erlöschende Vertragsverhältnis durch eine in der Unterlassung der Kündigung liegende stillschweigende Willenserklärung auf weitere 10 Jahre erneuert werden soll, so daß durch die Unterlassung der Kündigung in dem entscheidenden Zeitpunkt ein neuer Vertrag zustande" komme. Dieser Ansicht vermag der Civilsenat nicht beizutreten. Ein Vertragsschluß durch Unterlassung einer einseitigen auf Aufhebung des Vertrags gerichteten Willenserklärung ist nicht wohl denkbar. Zum Abschluß eines neuen Vertrags gehört — ausdrücklich oder stillschweigend erklärte — Willensübereinstimmung der Vertragsteile: deshalb tritt gemeinrechtlich die stillschweigende Verlängerung eines auf bestimmte Zeit abgeschlossenen Mietvertrags nicht ein, wenn der Vermieter zur fraglichen Zeit

geschäftsunfähig war[1]). In Fällen der vorliegenden Art ist aber der Wille des Beteiligten für den Fortbestand des Vertrags nicht entscheidend, sondern die nackte Tatsache, daß eine Kündigung des Vertrags unterblieben ist, mag auch der Versicherte (oder in anderen ähnlichen Fällen der Mieter, der Gesellschafter) den Willen gehabt haben, die Versicherung (Miete, Gesellschaft) nicht fortzusetzen und die Kündigung nur vergessen haben oder etwa am letzten Tag der Frist, auf den er sie verschoben hatte, an ihrer Vornahme durch Krankheit u. drgl. verhindert gewesen sein. Die von der Civilkammer herangezogene Analogie der stillschweigenden Verlängerung eines Mietvertrags trifft hienach nicht zu: eine solche liegt (vgl. § 568 BGB.) vor, wenn ein auf bestimmte Zeit abgeschlossenes Mietverhältnis nach deren Ablauf tatsächlich fortgesetzt wird, nicht aber [2]), wenn von vornherein zwar eine bestimmte Dauer der Miete, zugleich aber weiter vereinbart ist, die Miete solle eine bestimmte weitere Anzahl Jahre fortdauern, falls sie nicht vor Ablauf der zuerst bezeichneten Mietperiode gekündigt werde: wenn ein Vertrag auf bestimmte Zeit „fortdauern", „fortgesetzt, verlängert, erneuert sein" soll, falls er nicht auf einen bestimmten Termin gekündigt wird, so ist er von vornherein unter der Bedingung, daß die vorgesehene Kündigung nicht erfolgt, auch für den festgesetzten weiteren Zeitraum abgeschlossen. Das ergibt sich schon daraus, daß zur früheren Beendigung eines derartigen Vertrags eine Kündigung erfordert wird. Der Wortlaut der in Rede stehenden Klausel ist für die Ansicht der Civilkammer nicht zu verwerten: der anscheinend dafür, daß nach Ablauf von 10 Jahren ein neuer Vertrag geschlossen wird, sprechende Ausdruck: die Versicherung gelte als erneuert — wird dadurch mindestens aufgewogen, daß diese „Erneuerung" eintreten soll, wenn die Versicherung nicht bis zu einem gewissen Zeitpunkt gekün-

[1]) l. 14 D. 19, 2; vgl. Crome, System Bd. 2 § 245 Ziff. V Note 52. Staub Anm. 2 zu § 134 HGB.

[2]) Vgl. Rspr. d. OLG. Bd. 4 Nro. 14 a.

digt wird, was auf eine diesfalls stattfindende Fortdauer des Vertrags hinweist; der Ausdruck „gilt (als) erneuert" ist eben ungenau anstatt von: „gilt als verlängert" oder „fortgesetzt" gebraucht, läßt übrigens schon nach seiner Fassung erkennen, daß es sich um einen wirklichen Abschluß eines neuen Vertrags nicht handelt.

III. Wäre also der Art. 9 Abs. 2 des württ. Ges. vom 19. Mai 1852 am 31. März 1903 noch in Geltung gewesen, so wären mit diesem Tag die Versicherungen der Beklagten kraft Gesetzes erloschen.

IV. Nun ist aber der Bekanntmachung des K. Minist. des Innern vom 25. Dezember [1]) 1901 darin beizustimmen, daß der genannte Art. 9 mit dem 1. Januar 1902, dem Tag des Inkrafttretens des RGes. vom 12. Mai 1901 über die privatrechtlichen Versicherungsunternehmungen, seine Geltung verloren hat.

Außer Zweifel ist zunächst — und hievon gehen die Beklagten selbst aus — daß der Art. 1 des Ges. v. 19. Mai 1852 aufgehoben, ein gemeinderätliches Erkenntnis für einen Mobiliarfeuerversicherungsvertrag nicht mehr erforderlich ist: nach Art. 19 und 20 des Gesetzes war strafbar, wer ohne Einholung eines solchen Erkenntnisses einen Mobiliarfeuerversicherungsvertrag abschloß; ein Rechtsgeschäft aber, dessen Erlaubtheit an eine Mitwirkung der Obrigkeit geknüpft ist, ist „als, von einer vorgängigen polizeilichen Genehmigung abhängig" i. S. des § 121 Abs. 1 des RGes. vom 12. Mai 1901 anzusehen. Unter der Herrschaft des eben genannten Gesetzes kann daher keine Rede mehr davon sein, daß ein von diesem Gesetz beherrschter Vertrag einer gemeinderätlichen Beurkundung bedürftig wäre oder eine solche Beurkundung mit Ablauf von 10 Jahren ihre Wirkung verlieren würde. Der Art. 9 Abs. 2 des Ges. v. 19. Mai 1852 ist daher durch die Aufhebung des seine Voraussetzung und Grundlage bildenden Artikel 1 zunächst jedenfalls insoweit

[1]) RBl. 1902 S. 26—27.

aufgehoben, als er bestimmt: „Mit dem Ablauf von 10 Jahren tritt die gemeinderätliche Beurkundung außer Wirkung“ und sei eine neue Beurkundung des Gemeinderats erforderlich. Dann kann aber auch die weitere Bestimmung nicht als aufrecht erhalten gelten: „— und ist hienach zur Erneuerung der eben damit erlöschenden Versicherung ein neuer Versicherungsantrag erforderlich“: das Erlöschen der bisherigen Versicherung ist hier sprachlich und sachlich in Zusammenhang mit dem Außerkrafttreten der gemeinderätlichen Beurkundung gebracht, es ist nicht etwa selbständig der Satz ausgesprochen: „jede Versicherung erlischt, sofern nicht ihre Dauer schon vertragsmäßig auf kürzere Dauer beschränkt ist, mit dem Ablauf von 10 Jahren“; wegen des untrennbaren Zusammenhangs der angeführten Bestimmung mit dem Erfordernis einer Erneuerung der gemeinderätlichen Beurkundung, m. a. W. weil das Erlöschen der Versicherung mit Ablauf von 10 Jahren im Gesetz selbst lediglich als Folge davon ausgesprochen ist, daß die gemeinderätliche Beurkundung mit Ablauf von 10 Jahren außer Wirkung tritt, muß auch die Bestimmung in betreff des Erlöschens aller Versicherungen nach Ablauf von 10 Jahren als mit dem Inkrafttreten des Ges. v. 12. Mai 1901 zufolge des § 121 Abs. 1 dieses Gesetzes aufgehoben gelten.

V. Hieraus folgt zunächst, daß seit 1. Januar 1902 Verträge des Inhalts, wie sie die Beklagten am 31. März 1903 mit der Klägerin geschlossen haben, rechtswirksam abgeschlossen werden können. (Daß die in Rede stehende Vertragsklausel nicht gegen die guten Sitten verstößt, hat das Urteil der Civilkammer zutreffend ausgeführt; die Beklagten sind auch im Berufungsverfahren auf ihre einschlägige Einwendung nicht mehr zurückgekommen.)

Es fragt sich aber, ob ein die fragliche Vertragsklausel enthaltender Versicherungsvertrag nicht auch dann als auf weitere 10 Jahre fortgeltend anzusehen ist, wenn, wie im gegenwärtigen Fall, die ersten 10 Jahre erst nach dem 1. Januar 1902 abgelaufen sind und auch der Termin, auf den

nach dem Vertrag die Versicherung spätestens hätte gekündigt werden müssen, wenn sie mit Ablauf der ersten 10 Jahre endigen sollte, in die Zeit nach dem 1. Januar 1902 fällt.

Diese Frage war zu bejahen.

Es handelt sich bei der Aufhebung des Art. 9 Abs. 2 des Ges. v. 19. Mai 1852 um den Wegfall einer der Vertragsfreiheit gesetzten Schranke und deshalb ist als Wille des Gesetzgebers anzunehmen, daß diese Schranke mit dem Inkrafttreten des R.Ges. vom 12. Mai 1901 auch insoweit gefallen sein soll, als sie auf bereits bestehende Versicherungsverträge eine Einwirkung ausüben könnte. Eine solche Einwirkung wäre es, wenn ein vor dem 1. Januar 1902 — vielleicht am 31. Dezember 1901 — abgeschlossener Versicherungsvertrag, trotzdem er auf 20 oder mehr Jahre abgeschlossen ist, auf Grund des — seit 1. Januar 1902 außer Geltung getretenen — Art. 9 Abs. 2 des Ges. v. 19. Mai 1852 mit Ablauf von 10 Jahren erlöschen würde. Daß das der Wille des Gesetzgebers war, läßt sich nicht unterstellen, vielmehr entspricht einer unbefangenen Auffassung die Annahme, daß der mit 1. Januar 1902 beseitigte Erlöschungsgrund des Art. 9 Abs. 2 auch auf die zu dieser Zeit schon bestehenden Versicherungen seine Wirkung nicht mehr soll ausüben dürfen. Um eine eigentliche „Rückwirkung", d. h. um eine Einwirkung auf die Vergangenheit, handelt es sich hiebei nicht, insbesondere nicht um einen Eingriff in wohlerworbene Rechte; der Fall liegt auch nicht so, daß ein von Anfang an unwirksames Rechtsgeschäft zufolge Aenderung der Gesetze nachträglich rechtliche Wirksamkeit erlangen würde: denn das Gesetz vom 19. Mai 1852 hat nicht den Weg gewählt, einen Versicherungsvertrag, soweit er auf mehr als 10 Jahre abgeschlossen war, für nichtig (oder ungültig) zu erklären, sondern den, ihn mit Ablauf von 10 Jahren erlöschen zu lassen; ein solcher Vertrag war also von Anfang an gültig und vollwirksam und seine Gültigkeit hörte nur auf, wenn der Zeitpunkt herangekommen war, an dem die Versicherung erlöschen sollte; besteht in diesem Zeitpunkt

das dieses Erlöschen anordnende Gesetz nicht mehr, so ist kein begriffliches oder rechtliches Hindernis vorhanden, die Wirksamkeit des Vertrags entsprechend dessen Inhalt fortdauern zu lassen. So lehrt auch Planck[1]) nur bezüglich der „aus der Natur des Schuldverhältnisses selbst sich ergebenden Erlöschungsgründe", daß sie sich nach dem bisherigen Recht bestimmen; ein derartiger Grund ist aber eine der Vertragsfreiheit gesetzte Schranke, wie die Bestimmung des mehrerwähnten Art. 9 Abs. 2 sicherlich nicht[2]).

Der Civilsenat nimmt hienach an, daß auch für die am 1. Januar 1902 bereits bestehenden Versicherungen der Art. 9 Abs. 2 des Ges. v. 19. Mai 1852 seine Geltung verloren hat, weil die Aufrechterhaltung der nur mit Rücksicht auf die Einholung einer neuen gemeinderätlichen Beurkundung von Polizei wegen festgesetzten zeitlichen Grenze der Versicherungsdauer keinen Sinn und Zweck mehr hätte, vielmehr deren vollständige Beseitigung auch für die bereits bestehenden Verträge dem Grund und der Absicht des § 121 des R.Ges. vom 12. Mai 1901 entspricht.

Urteil des I. C.-S. vom 29. April 1904 i. S. Mayer gegen Basler Versicherungsgesellschaft gegen Feuerschaden.

62.

Umfang und Inhalt des durch ein eingetragenes Warenzeichen gewährten Schutzrechts.

Für den Kl. ist ein den „Ulmer Spatz" darstellendes Warenzeichen, das u. a. für Haushaltungsartikel (Tischbestecke) bestimmt ist, eingetragen. Die mitbekl. Firma R. K. lieferte auf Bestellung für die Wirtschaft zum Saalbau in

[1]) BGB. Anm. 9 zu Art. 170 EG.

[2]) Vgl. auch die Entscheidung bei Seuffert Bd. 33 Nro 93, wodurch ein Gesetz, das gewohnheitsrechtlich bestehende Baubeschränkungen aufhob, für anwendbar auch auf solche Fälle erklärt wurde, in denen jener Baubeschränkung zuwidergehandelt war.

Ulm Tischbestecke, die — der Bestellung gemäß — zur Kennzeichnung des Eigentums der Bestellerin mit dem Ulmer Spatzen gezeichnet und von den mitbekl. Firmen H. und W. M. hergestellt wurden. Kl. hat mit der Klage beantragt, die Bekln. für schuldig zu erklären, die zur Herstellung des Spatzenzeichens angefertigten Stempel herauszugeben und die für die Saalbau-Wirtschaft gelieferte, mit dem „Ulmer Spatz" gezeichnete Tafeleinrichtung aus dem Verkehr zu entfernen. Die Klage ist abgewiesen und die Berufung aus folgenden

Gründen

zurückgewiesen worden:

Nach § 12 WarenZG. vom 12. Mai 1894 hat die Eintragung eines Warenzeichens die Wirkung, daß dem Eingetragenen ausschließlich das Recht zusteht, Waren der angemeldeten Art mit dem Warenzeichen zu versehen oder die so bezeichneten Waren in Verkehr zu bringen. Schon gegen objektiv widerrechtliche Störungen dieses Rechtes steht dem Eingetragenen die negatorische Klage zu; wissentliche oder grobfahrlässige Verletzung des Rechtes begründet nach § 14 Abs. 1 den Anspruch auf Schadensersatz.

Indessen ist diese Ausschließlichkeit des Rechtes des Eingetragenen hienach wie schon begrifflich beschränkt auf den Gebrauch des eingetragenen Zeichens eben als Warenzeichen. Das Warenzeichen dient dazu, auf eine bestimmte Herkunftstelle hinzuweisen; seine Bedeutung liegt in der Sicherheit, die es dem Publikum bietet, daß die von ihm begehrte Ware aus einer bestimmten geschützten Erzeugungs- oder Handelsstelle herrührt[1]). Das Warenzeichen des Eingetragenen soll dessen Waren von denjenigen anderer unterscheiden. Andere sollen sich daher nicht desselben Zeichens zu dem Zwecke bedienen dürfen, daß der Glaube erweckt werde, daß ihre Waren durch dieses Zeichen gekennzeichnet, daß es ihr Waren-

[1]) Mot. zu § 8 Ges. v. 30. Nov. 1874 in den Verhdlg. des Reichstags II. Sess. 1874/75, Aktenst. Nro. 20, zu vgl. auch Motive zu § 1 Ges. v. 12. Mai 1894 in den stenogr. Berichten des Reichstags, 9. Legislaturperiode II. Sess. 1893/94 Anl. Bd. 1 Aktenst. Nro. 70.

zeichen sein solle; sie dürfen von dem Warenzeichen des Eingetragenen weder in Kenntnis von dessen Recht noch in schuldhafter oder unverschuldeter Unkenntnis denjenigen Gebrauch machen, welcher in § 12 dem Eingetragenen vorbehalten ist[1]). Daraus folgt, daß, falls sich das auf Waren angebrachte, mit dem für einen andern eingetragenen Warenzeichen übereinstimmende Zeichen nicht als Warenzeichen darstellt, ein Eingriff in das Recht des letzteren nicht vorliegt, mag selbst dieses Recht dem, welcher jene Waren mit dem Zeichen versehen hat, bekannt gewesen sein. So liegt die Sache im gegenwärtigen Falle.

Es steht fest, daß die Anbringung des Ulmer Spatzen, welcher für den Kl. als Warenzeichen auch für Haushaltungsartikel, insbesondere Tischbestecke eingetragen ist, auf Verlangen der Besteller bez. Käufer der zum Gebrauche in der Wirtschaft zum Saalbau gelieferten Tischbestecke erfolgt ist zu dem Zwecke, die Waren als Eigentum der Käufer zu kennzeichnen, daß der Verkäufer A. K. bei Abschluß des Kaufvertrags sich verpflichtet hat, die zu liefernden Waren mit dem Ulmer Spatzen zeichnen zu lassen, daß dieser in der Folge, soweit er die zu liefernden Waren neu von dem Produzenten bezog, die letzteren, darunter die beiden andern Bekl., anwies, die Waren mit dem genannten Zeichen zu versehen und daß deshalb die Anbringung des Zeichens auf den Waren und die Lieferung der so gezeichneten Waren erfolgte. Wer Gegenstände, welche er zum eigenen Gebrauch bestimmt hat und verwendet, mit einem Zeichen versieht, um sie als ihm gehörig kenntlich zu machen, bedient sich dieses Zeichens nicht als Warenzeichen i. S. des Gesetzes, weil die so gezeichnete Ware nicht in Verkehr gebracht d. h. veräußert werden will, weil das Zeichen nicht auf den Veräußerer — den Fabrikanten oder Händler — als solchen hinweisen, sondern das Eigentum an dem Gegenstand erkennbar machen

[1]) Kohler, Markenschutz S. 335, 337. Seligsohn, Ges. v. 12. Mai 1894 S. 4, Nro. 9 zu § 1, Nro. 8 zu § 12, RG. Bd. 38 S. 105, 106; RG. in Strs. Bd. 30 S. 353.

soll. Deshalb ist es unerheblich, ob dasselbe Zeichen für einen andern als Warenzeichen eingetragen ist. Ebensowenig liegt aber die Anbringung eines Warenzeichens auf seite derjenigen vor, welche zu dem Zwecke, die Ware mit einem Merkzeichen des Eigentums ihres Abnehmers zu versehen, auf der Ware das Zeichen angebracht haben. Sie, wie der Vermittler zwischen Produzenten und Abnehmer, haben die gezeichnete Ware zwar in Verkehr gebracht, aber das Kennzeichen der Ware soll auf die Stelle hinzeigen nicht, woher sie kommt, sondern wohin sie im Verkehr gelangt ist; es dient also auch nicht vom Standpunkt des Fabrikanten oder Händlers als Warenzeichen. Dem gegenüber kommt nicht in Betracht, daß an sich die Gefahr besteht, daß das Publikum das Zeichen als Warenzeichen ansieht; maßgebend ist der mit der Anbringung des Zeichens verfolgte Zweck. Da somit auch eine nur objektive Störung des durch die Eintragung des Warenzeichens begründeten Rechtes des Klrs. nicht vorliegt, steht dem Klr. irgend ein Anspruch auf Grund des Gesetzes vom 12. Mai 1894 nicht zu.

Nach dem festgestellten Tatbestand ist eine auf Täuschung im Handel und Verkehr gerichtete Absicht der Bekl. offensichtlich ausgeschlossen. Schon dieser Sachverhalt würde die Anwendung des zur Rechtfertigung eines Teiles des Klaggesuchs angeführten § 8 des Reichsgesetzes zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs vom 27. Mai 1896 verbieten, wenn auch die Anwendbarkeit dieses Gesetzes auf die mißbräuchliche Benützung von Warenzeichen anzuerkennen wäre[1]).

Urt. des II. C.-S. vom 10. Oktober 1904 i. S. Laumayer g. Henkels und Gen.

---

[1]) RG. Bd. 36 S. 14; JW. 1902 S. 138 Nro. 60, Pinner, unlauterer Wettbewerb S. 116 E.

63.

1) „Erschleichung" eines Patents? 2) Verpflichtung des Patentverletzers zur Rechnungslegung?

In den

Gründen

eines Berufungsurteils ist über die beiden vorstehenden Fragen, nachdem zunächst in Ziff. 1 ausgeführt ist, die Behauptung, das Patent des Klägers sei nichtig, weil dessen Gegenstand nicht patentfähig gewesen sei, könne nicht im ordentlichen Rechtsstreit und nach Ablauf der in § 28 Abs. 3 des Pat.Ges. festgesetzten Frist überhaupt nicht mehr geltend gemacht werden, folgendes bemerkt: 2) Ebenso unbegründet ist der Einwand des Beklagten, das klägerische Patent sei vom Kläger „erschlichen", sofern Kläger bei Anmeldung seines Patents sich bewußt gewesen sei, daß der Gegenstand seiner Patentanmeldung nicht neu im Sinne des Patentgesetzes sei.

Dieser Einwand ist aus den gleichen Gründen wie der zu 1 gemachte Einwand unzulässig. Nach Ablauf der in § 28 Abs. 3 des Patentgesetzes festgesetzten Frist ist der Einwand, daß eine Erfindung im Sinne des § 2 des Patentgesetzes nicht neu sei, überhaupt nicht mehr zulässig. Dieser Einwand kann auch nicht mehr in der Form geltend gemacht werden, daß der Mangel der Neuheit zufolge arglistigen Vorgehens seitens des Anmeldenden von dem Patentamt verkannt worden sei. Die Präklusion des § 28 Abs. 3 des Pat.Ges. ist ohne Ausnahme festgesetzt. Einen Vorbehalt für die Fälle, in welchen die Patenterteilung zufolge betrüglichen Vorgehens des Anmeldenden stattgehabt hätte, kennt das Gesetz nicht. (Die Ausführungen von Kohler[1]) über „Erschleichung" eines Patents finden im Gesetz keine Stütze.) Uebrigens ist, wie der Unterrichter mit Recht ausführt, nicht anzunehmen, daß das Patentamt, welches die Neuheit einer zum Patent angemeldeten Erfindung von sich aus einer Prüfung zu unterziehen hat, dadurch bezüglich der Neuheit getäuscht worden

[1]) Handbuch des deutschen Patentrechts 1900 S. 391 unten und S. 392.

wäre, daß der Anmeldende nicht alle Umstände, welche für die Frage der Neuheit in Betracht kommen konnten, von sich aus angegeben hat. Denn das Patentamt hat den einseitigen Parteibehauptungen als solchen keinen Glauben zu schenken [1]).

Was nun aber den Anspruch auf Rechnungslegung anlangt, so genügt es zur Begründung dieses Anspruchs nicht, daß Beklagter das klägerische Patent grob fahrlässig verletzt hat und demgemäß nach § 35 Abs. 1 des Patentgesetzes dem Verletzung zur Entschädigung verpflichtet ist. Vielmehr kann die Pflicht zur Rechnungslegung nur dann in Frage kommen, wenn die Patentverletzung wissentlich erfolgt ist. In diesem Falle mag man mit dem Reichsgericht [2]) annehmen, daß eine Geschäftsführung im Sinn des § 687 Abs. 2 BGB. vorliegt, welche für den Geschäftsführer gemäß § 681 Satz 2 verb. mit § 666 BGB. die Pflicht zur Rechnungsablegung nach sich zieht. Bei nicht wissentlicher Patentverletzung — mag dieselbe auch grob fahrlässig sein und gemäß § 35 Abs. 1 des Patentgesetzes schadensersatzpflichtig machen — kann dagegen von der Anwendung des § 687 Abs. 2 B.G.B. nicht die Rede sein, welche Gesetzesbestimmung nur für den Fall zutrifft, daß jemand ein fremdes Geschäft als sein eigenes behandelt, obwohl er weiß, daß er hiezu nicht berechtigt ist. Das Wissen müssen ist hier dem Wissen nicht gleichgestellt [3]). Liegt aber ein Geschäftsführungsverhältnis nicht vor, und steht demnach lediglich eine Haftung des Beklagten wegen unerlaubter Handlung (etwa wegen grober Fahrlässigkeit) in Frage, so ermangelt der Anspruch auf Rechnungslegung einer gesetzlichen Stütze.

Urteil des I. Civilsenats vom 12. Juli 1904 i. S. Fischer g. Hahn.

---

[1]) Vgl. Seligsohn, PatGes. zu § 24 Note 8 S. 276.

[2]) RG. Bd. 46 Nro. 5 vgl. übrigens auch Bd. 47 Nro. 22 und Bd. 58 Nro. 82.

[3]) Vgl. Planck, Komm. zu BGB. § 687 Bem. 2 Abs. 2 am Ende S. 435 unten.

64.

1) Sicherheitsübereignung oder Scheingeschäft?
2) Verzicht als (wegen Formmangels ungültige) Schenkung?

Die Parteien haben am 19. Juli 1901 zwecks Sicherstellung der Klin. für Forderungen an die Bekl. aus Lieferung von Bier einen schriftlichen „Kaufvertrag" geschlossen, wonach die Bekl. eine größere Zahl von Möbeln und anderen Haushaltungsgegenständen zu den bei jedem einzelnen Stück angesetzten Preisen im Gesamtbetrag von 1122 M. an die Klin. verkaufte; am Schlusse des Vertrages hat die Beklagte den Empfang des Kaufpreises bescheinigt. Die Klin. hat mit der Klage die Herausgabe der in dem Kaufvertrag aufgeführten Gegenstände verlangt, und zwar auf Grund Eigentums und auf Grund Kaufs. Eine Uebergabe der Sachen an die Klin. hat zwar unstreitig nie stattgefunden, sie blieben vielmehr im Besitze der Bekln. Die Klin. hat aber Eigentumsübertragung nach § 930 BGB. geltend gemacht, indem sie behauptete, die Sachen zunächst der Bekln. l e i h weise überlassen zu haben, und indem sie sich ferner auf den am 8. Januar 1903 zwischen den Parteien abgeschlossenen schriftlichen M i e t vertrag berief, durch den die Klin. die sämtlichen im Kaufvertrag bezeichneten Gegenstände der Bekln. gegen einen jährlichen Mietzins von 45 M. zu ausschließlichem Gebrauche überließ und ihr zugleich das Recht einräumte, die Sachen um den im Kaufvertrag angesetzten Preis nach Abzug entsprechender Abnützung, jedoch nicht unter 1080 M., zurückzuerwerben.

Die Bekl. hat Abweisung der Klage beantragt, indem sie einwendete, der Kaufvertrag vom 19. Juli 1901 sei nur ein Scheingeschäft gewesen, jedenfalls habe eine Eigentumsübertragung nie stattgefunden, überdies habe die Klin. anfangs Januar 1903 ausdrücklich auf alle ihre Ansprüche an die Bekl. verzichtet.

Aus den

Gründen

des Berufungsurteils:

Die von der Bekln. vorgebrachten, vom ersten Richter gebilligten Zweifel an der Ernstlichkeit des Kaufs und an der Eigentumsübertragung erscheinen nicht gerechtfertigt. Richtig ist zwar, daß es den Parteien unstreitig um eine Sicherheitsübereignung zu tun war und daß sie nicht nötig gehabt hätten, dieses Sicherungsgeschäft in die Form eines Kaufvertrags zu kleiden. Auch reine Sicherheitsübereignungen kommen im Rechtsverkehr vor [1]), sie sind aber nicht üblich, vielmehr wird auch hier regelmäßig diejenige Vertragsart, die im gewöhnlichen Leben am häufigsten den Eigentumsübergang vermittelt, nämlich der Kaufvertrag, gewählt [2]), und die Benützung dieser Vertragsform ist, wenn sie nur von den Parteien ernstlich gewollt ist, auch nach neuem Recht zulässig, wie von der Rechtsprechung allgemein anerkannt wird. Werden nun hiebei wegen des das Rechtsgeschäft beherrschenden Sicherungszweckes einzelne Vertragsbestimmungen etwas anders als beim gewöhnlichen Kaufe geregelt, so ist hieraus allein noch nicht der Schluß zu ziehen, daß die Parteien einen Kaufvertrag gar nicht ernstlich haben schließen wollen, es ergibt sich daraus vielmehr nur, daß die Absicht der Parteien eben nicht auf einen gewöhnlichen Kauf, sondern auf einen sog. Sicherungskauf gerichtet war. Der Sicherungszweck wird namentlich bei Bestimmung des Kaufpreises und seiner Abtragung von Einfluß sein: der Betrag des Kaufpreises wird weniger nach dem genauen Wert der verkauften Gegenstände, deren Rückfall an den Verkäufer ja in Aussicht genommen ist, als nach der Höhe der zu sichernden Forderung bemessen werden, und ferner kann regelmäßig keine Barzahlung des Kaufpreises in Frage kommen, vielmehr

[1]) Vgl. RG. Bd. 49 Nro 40 S. 175.

[2]) Vgl. z. B. JW. 1902 Beil. S. 259. Recht 1902 S. 461 Nro. 2144. 1903 S. 505 Nro. 2548. 1904 S. 448 Nro. 1822. RG. Bd. 57 Nro. 41 S. 170.

bleibt dieser gestundet, um nötigenfalls zur Aufrechnung gegen die zu sichernde Forderung, falls diese unbefriedigt bleibt, verwendet werden zu können. So ist es auch im vorliegenden Falle erklärlich, daß die Klägerin als Gläubigerin den Preis der zu kaufenden Gegenstände angesetzt hat; daß sie dies, wie der erste Richter sagt, „willkürlich" getan habe, ist nicht erwiesen, vielmehr ist nach dem Zeugnis des A. anzunehmen, daß H. bei Ansatz der „Wertsanschläge" nach billigem Ermessen gehandelt hat. Da die Bekl. den schriftlichen Kaufvertrag anstandslos unterzeichnet hat, hat sie damit die von H. eingesetzten Preise genehmigt, an einer Einigung über den Kaufpreis fehlt es also nicht. Auch aus der Aufnahme der Bescheinigung für den Empfang des Kaufpreises in die Vertragsurkunde läßt sich kein Schluß auf das Vorliegen eines Scheingeschäfts ziehen. Eine Bemerkung über die Zahlung des Kaufpreises aufzunehmen, war gerade wegen der besonderen Natur des abgeschlossenen Kaufvertrags zweckmäßig, die nähere Darlegung des wirklichen Rechtsverhältnisses wäre jedoch umständlich gewesen, und so erklärt es sich, daß die Parteien das einfachere Mittel einer Empfangsbescheinigung wählten, um damit zum Ausdruck zu bringen, daß der Bekln. nicht, wie beim gewöhnlichen Kauf, ohne weiteres ein Anspruch auf bare Zahlung des Kaufpreises zustehen solle. Daß endlich die Bekl., wie aus den von ihr vorgelegten Schreiben der Klin. hervorgeht, von dieser auch nach Abschluß des Kaufvertrags noch zur Zahlung ihrer Bierschuld gemahnt worden ist, beweist nur, daß damals eine Verrechnung dieser Schuld mit der Kaufpreisforderung der Bekl. noch nicht stattgefunden hatte. Nach alledem ist dem Zeugen A. zu glauben, der versichert hat, daß der Kaufvertrag ernst gemeint gewesen sei. Dies ist namentlich auch auf seiten der Bekln. anzunehmen, da von ihr die Anregung zu dem Sicherungsverkauf ausgegangen war und da ihr, wie sie eingeräumt hat, aus einem früheren gleichartigen Rechtsstreite bekannt war, welche Bewandtnis es mit dieser Art der Sicherheitsbestellung hat.

Die Klin. macht geltend, ein schon auf Grund des Kaufvertrags erworbenes Eigentum an den Sachen hätte sie durch den Verzicht nicht verloren, weil darin ein Schenkungsversprechen zu erblicken wäre, das wegen Mangels der in § 518 BGB. vorgeschriebenen Form ungültig wäre. Dies ist jedoch nicht zutreffend. Denn einmal ist von der Bekln. zunächst nur ein Verzicht der Klin. auf ihre Ansprüche aus dem Vertrag vom 19. Juli 1901, also insbesondere auf den Anspruch auf Herausgabe der gekauften Gegenstände behauptet; soweit auch in diesem Verzicht eine unentgeltliche Zuwendung, also eine Schenkung (BGB. § 516) zu finden ist, handelt es sich doch nicht um das Versprechen einer Leistung, ist mithin das Rechtsgeschäft an die Form des § 518 nicht gebunden. Würde ferner auch die Behauptung der Bekln. dahin aufgefaßt, die Klin. habe ihr schenkweise zugesagt, die verkauften Gegenstände ihr wieder zur freien Verfügung zu überlassen, so hätte damit allerdings die Klägerin zur Rückübertragung des Eigentums an den Sachen sich verpflichtet, diese Rückübertragung wäre jedoch, da die Bekl. im Besitze der Sachen war, sofort nach § 929 Satz 2 BGB. durch die bloße Einigung der Parteien vollzogen worden. Die Gültigkeit der Schenkung wäre also auch in diesem Falle nicht zu beanstanden.

Uebrigens könnte es sich in jedem Falle nur darum handeln, daß die Klin. die ihr durch Eigentumsübertragung verschaffte Sicherung aufgegeben habe, nicht auch um einen Erlaß der gesicherten Forderung für geliefertes Bier, die nach dem eigenen Vorbringen der Bekln. durch die Abmachungen in P. nicht betroffen wurde.

Urt. des I. C.-S. vom 4. Nov. 1904 i. S. Heinrich g. Klett.

65.

Wer ist als „Störer" i. S. des § 1004 BGB. anzusehen?

Kläger hat gegen den Beklagten Klage erhoben mit dem Antrag, den Beklagten zu verurteilen, die durch den Betrieb

des Gasmotors eines Mieters des Beklagten verursachten Einwirkungen auf das Nachbargrundstück des Klägers zu unterlassen. Nach erfolgtem Beweiseinzug hat der Mieter die fragliche Einwirkung abgestellt. Die Civilkammer hat die Kosten des Rechtsstreits dem Kläger auferlegt; auf dessen Beschwerde hat aber das Oberlandesgericht die Kosten dem Beklagten zugeschieden aus folgenden

Gründen:

Wegen Einwirkungen von einem Grundstück auf ein anderes, z. B. wie hier wegen Erschütterungen, welche dieses in erheblicher oder ungewöhnlicher Weise belästigen, kann nach der Bestimmung des § 1004 BGB. (die zur Anwendung selbst dann käme, wenn der Mietvertrag zwischen B. und dem Beklagten schon vor 1. Januar 1900 abgeschlossen worden wäre) gegen den Störer auf Beseitigung der Beeinträchtigung geklagt werden. Störer ist zunächst derjenige, welcher die Störung vorgenommen hat. Unter Umständen erscheint als Störer aber auch der Eigentümer des Grundstücks, von dem die Störung ausgeht; dann nämlich, wenn diese auf seinen Willen zurückzuführen ist. Dies ist möglich sowohl dadurch, daß Grund der Störung eine mit dem die Störung verursachenden Grundstück zu einem Ganzen fest und dauernd verbundene Anlage ist, als dadurch, daß der Eigentümer selbst die Störung entweder veranlaßt oder in ungehöriger Weise geduldet hat[1]). Die Haftbarkeit des Eigentümers aus dem Grund solcher Duldung der Störung rechtfertigt sich durch die Erwägung, daß der Eigentümer die Pflicht hat, für Unterlassung unzulässiger Störungen, die von seinem Grundstück ausgehen, besorgt zu sein, weil und soweit er die Macht hat, seinen Willen geltend zu machen. Unterläßt er die Geltendmachung dieses Willens, so hält er den durch die Störung geschaffenen Zustand mit seinem Willen aufrecht und ist insofern selbst Störer.

Vorliegend ist nun in der Tat die Auffassung begründet,

[1]) RG. Bd. 45 S. 297; 47 S. 163 ff.; Gruchots Beitr. Bd. 46 S. 650 ff.

daß Beklagter die Störung in ungehöriger Weise geduldet habe.

Es kann dahingestellt bleiben, ob er seiner Pflicht genügt hat dadurch, daß er auf die der Klage vorangegangene Beschwerde des Klägers das Einbetonieren und Verschrauben des Motors veranlaßte, ob er nicht vielmehr die weitere Pflicht gehabt hätte, sich von dem Erfolg dieser Maßregel zu überzeugen. Denn jedenfalls war er durch die Erhebung der Klage, auch wenn er von den polizeilichen Erhebungen und deren Ergebnis keine Kenntnis erhalten hatte, von der Unzulänglichkeit jener Maßregel unterrichtet. Daraus erwuchs ihm aber die Pflicht, genauere Erkundigungen einzuziehen, von seinem Mieter Beseitigung der Störung zu verlangen und nötigenfalls diesem Verlangen durch Androhung der ihm gesetzlich zu Gebot stehenden Mittel, als deren äußerstes die Kündigung ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist sich darstellt, Nachdruck zu geben. Von all dem hat Beklagter nichts getan, er hat im Gegenteil der Klage gegenüber zunächst darauf beharrt, daß gar keine erhebliche Belästigung vorliege. Weder ist er also der ihm obliegenden Pflicht nachgekommen, noch hat er den Anspruch sofort anerkannt.

Beschluß des I. C.-S. vom 17. Januar 1905 i. S. Botty g. Mayer.

66.

Liegt eine Verpfändung von Wechselforderungen darin, daß die betreffenden Wechsel einem Gläubiger „in Depot gegeben" werden?

Die Beklagte hat sich der Bankfirma W. und St. als Selbstzählerbürgin haftbar gemacht für alle dieser Firma aus einer Indossierung, Akzeptierung, Beleihung oder sonstigen Uebernahme von Wechseln gegen die M. S. erwachsenden Ansprüche. W. und St. standen mit der klagenden Bank in

Geschäftsverbindung und übersandten ihr einmal die Bürgschaftsurkunde der Beklagten zum Beweis dafür, daß sie für jedes Obligo gedeckt seien, zur Einsicht. Einige Monate später schrieben sie der Klägerin: ihr Geschäftskapital werde demnächst um 100 000 M. erhöht werden; „wenn Sie übrigens Wert darauf legen, so können wir Ihnen eine Anzahl in blanco girierter Wechsel in Depot geben, welche Sie uns dann nach Bezahlung des offenen Saldos wieder zurückgeben werden". Klägerin nahm dieses Anerbieten an, worauf ihr W. und St. 24 Wechsel über rund 18 000 M. übersandten, die das Giro der M. S. trugen und auf denen die Unterschriften der Akzeptanten größtenteils gefälscht waren, damit Klägerin sie für die Firma W. und St. in Depot nehme und nach einer von dieser Firma demnächst erfolgenden Barzahlung zurücksende. Bald darauf wurde über das Vermögen der Firma W. und St. und der M. S. das Konkursverfahren eröffnet. Klägerin hat nun gegen die Beklagte Klage erhoben auf Bezahlung der Wechselbeträge mit rund 18 000 M., wogegen sie die im Konkurs der Wechselverpflichteten angemeldeten Ansprüche aus diesen Wechseln an die Beklagte abzutreten sich bereit erklärt. Sie hat zur Begründung der Klage geltend gemacht: Die fraglichen Wechselforderungen seien ihr von W. und St. verpfändet oder zu ihrer Sicherheit übertragen worden; demgemäß seien auch die Ansprüche von W. und St. gegen die Beklagte aus deren Bürgschaft auf die Klägerin übergegangen.

Die Klage ist abgewiesen worden, vom Berufungsgericht aus folgenden

Gründen:

I. Durch Uebergabe eines in blanco indossierten Wechsels gehen auf den Wechselinhaber alle Rechte aus dem Wechsel über, nicht aber die außerhalb des Wechsels bestehenden Nebenrechte, wie die Ansprüche gegen den Bürgen aus der für die Wechselschuld geleisteten Bürgschaft [1]). Mit

[1]) Staub, Kommentar zur WO. (4. Aufl.) § 40 zu Art. 10; § 8 Ziff. 1 zu Art. 9; § 2 zu Art. 13; RG. 41 Nro. 49 S. 172 Abs. 2.

Recht geht daher die Klägerin davon aus, daß die Blankoindossierung der ihr von W. und St. eingehändigten Wechsel für sich allein ihr noch keinen Anspruch gegen die Beklagte aus deren Bürgschaftserklärung vom 14. Mai 1901 verschafft hat.

II. Man mag davon ausgehen, daß Klägerin einen solchen Anspruch gegen die Beklagte erlangt hätte, wenn ihr die in Rede stehenden Wechsel (genauer: Wechselforderungen oder Rechte aus dem Wechsel) verpfändet worden wären. Aber der ihr obliegende Beweis, daß eine solche Verpfändung erfolgt ist, ist nicht erbracht.

1) Zur Verpfändung eines Wechsels genügt nach § 1292 BGB. die Einigung des (Wechsel-)Gläubigers und des Pfandgläubigers und die Uebergabe des indossierten Papiers. Unter der „Einigung" ist (vgl. § 1205 Abs. 1 BGB.) verstanden, daß beide Beteiligte „darüber einig sind, daß dem Gläubiger das Pfandrecht zustehen solle".

2) Im gegenwärtigen Fall ist nun außer Streit, daß W. und St. die fraglichen Wechsel „in Depot gegeben" haben', um der Klägerin Sicherheit für deren am 15. November 1901 fällige Forderung gegen sie zu leisten. Diese Sicherheit konnte aber auch ohne Verpfändung der Wechsel gewährt werden; die bloße Uebergabe der in blanco girierten Wechsel setzte die Klägerin in den Stand, die Wechsel zu verwerten oder die Wechselforderung bei Verfall einzuziehen, und die Berechtigung, sich in solcher Weise mittels der Wechsel zu befriedigen, erlangte sie dadurch, daß ihr — wie nicht bestritten ist — W. und St. das Recht hiezu einräumten für den Fall, daß sie ihre in Betracht kommende Schuld bei Verfall nicht bezahlen würden. Die zu Sicherungszwecken erfolgende Uebergabe eines in blanco indossierten Wechsels stellt also nicht notwendig eine Verfaustpfändung der Wechselforderung dar; es kann eine — bedingte oder unbedingte — fiduziarische Uebertragung der Wechselforderungen vorliegen; daraus daß wirtschaftlich der Erfolg einer zu Sicherungszwecken geschehenen Uebergabe eines in

blanco indossierten Wechsels der Verpfändung des Wechsels nahe kommen wird, folgt nicht, daß in allen derartigen Fällen ein Verpfändungswille auf Seite der Beteiligten zu unterstellen oder das Rechtsgeschäft als Verpfändung der Wechselforderung aufzufassen ist. Eben weil der Gläubiger in der Regel ausreichend gesichert ist, wenn ihm ein in blanco indossierter Wechsel — auch ohne dessen Verpfändung — mit dem Recht, (unbedingt oder unter gewissen Umständen) darüber zu verfügen, eingehändigt wird, werden die Beteiligten in der Regel in einem derartigten Fall nicht an eine Verpfändung denken und eine solche nicht beabsichtigen. Eine Verpfändung kann etwa gewollt sein mit Rücksicht auf eine, wie die Beteiligten wissen, für die in Betracht kommende Wechselforderung bestehende hypothekarische oder bürgschaftliche Sicherheit; wenn aber derartige besondere Umstände nicht obwalten, ist die Absicht der Verpfändung eines mit Blankoindossament übergebenen Wechsels nicht als selbstverständlich anzusehen. Sie wird auf Seite des Sicherung begehrenden Gläubigers keineswegs immer bestehen, weil seine Stellung unter Umständen (z. B. im Konkurs des Schuldners) günstiger ist, wenn ihm der zu Sicherungszwecken übergebene in blanco girierte Wechsel nicht (bloß) verpfändet ist[1]).

3) Der Inhalt der zwischen W. und St. und der Klägerin gewechselten Briefe läßt nicht erkennen, daß die Beteiligten oder auch nur einer von ihnen die Absicht gehabt haben, die Wechsel als Pfand zu geben bezw. zu nehmen. Der Ausdruck „in Depot geben" ist, wie die Civilkammer mit Recht hervorgehoben hat, vieldeutig; er kann — muß aber nicht — die Bedeutung haben „zum Pfand geben". Nach Lage der Sache liegt kein Grund vor, im gegenwärtigen Fall den Ausdruck anders als in seinem nächstliegenden Wortsinn zu verstehen; hienach war damit eben gesagt, Klägerin solle die in blanco indossierten Wechsel in Besitz und Gewahrsam nehmen und von der ihr hiedurch einge-

[1]) Vgl. Staub, Komm. zum HGB. Anm. 67 zu § 368.

räumten Möglichkeit, durch Verwertung der Wechsel oder Einzug der Wechselsummen sich Barmittel zu verschaffen, erst Gebrauch machen, wenn W. und St. nicht bis 15. November 1901 die ihnen obliegende Zahlung leisten würden.

4) Die Absicht einer Verpfändung der Wechsel läßt sich auch nicht aus den zwischen der Klägerin und W. und St. vereinbarten „Bedingungen für laufende Rechnung" ableiten. Wenn hier gesagt ist: alle in den Besitz der Klägerin gelangenden Wertpapiere dienen ihr als Pfandunterlage für ihre Ansprüche gegen den Uebergeber dieser Papiere, so sind unter Wertpapieren — dem richtigen Sprachgebrauch entsprechend — Wechsel nicht mitverstanden: dies beweist der folgende Absatz der Bedingungen, wo zwischen Wechseln und Wertpapieren unterschieden wird. Es lag aber auch kein Anlaß für Klägerin vor, zu vereinbaren, daß in ihre Hände gelangende in blanco girierte Wechsel ihr als Pfandunterlage dienen sollen, weil sie — wie oben in Ziff. 2 gezeigt — infolge des bloßen Indossaments betreffs der Verfügung über diese Wechsel und ihrer Sicherung durch sie mindestens so günstig gestellt ist, wie wenn sie ihr zu Pfand gegeben wären.

5) Ob Klägerin zur Zeit, da ihr die Wechsel „in Depot gegeben" wurden, von der Bürgschaftsleistung der Beklagten Kenntnis gehabt hat, kann dahingestellt bleiben. Denn jedenfalls spricht nichts dafür, daß sie mit Rücksicht auf diese Bürgschaft die in Rede stehende Vereinbarung mit W. und St. getroffen hat: die Auswahl der Wechsel, die ihr „in Depot gegeben" werden sollten, war vollständig W. und St. überlassen; Klägerin konnte nicht darauf rechnen, daß auch nur ein Wechsel darunter sich befinde, auf den sich die Bürgschaft der Beklagten beziehe; es läßt sich daher nicht sagen, es sei anzunehmen, die Beteiligten haben mit Rücksicht auf die von der Beklagten für die Wechselschulden der Frau S. geleistete Bürgschaft eine Verpfändung der Wechsel beabsichtigt.

Urteil des I. C.-S. vom 16. Januar 1903 i. S. Pfälzische Bank gegen Paule.

B. in Strafsachen.

6.

1) Inwiefern ist bei Verurteilung wegen Jagdvergehens die Frage eines möglichen Eigentumserwerbs zu entscheiden?

2) Erwirbt ein Jagdgast an einem erlegten Wild mit dem Besitz auch das Eigentum für den Jagdberechtigten?

Nach den tatsächlichen Feststellungen des angefochtenen Urteils hat am 25. November 1902 der Privatier C. G. im St. Gemeindewald, wo er jagdberechtigt ist, eine Treibjagd abgehalten, bei welcher der als Jagdgast anwesende Landwirt R. W. dem Verbot des Jagdherrn zuwider aus Versehen eine Rehgaise schoß. Um seinen Fehler, wegen dessen er sich vor den andern Jägern schämte, zu verbergen und deren Gespötte zu entgehen, versteckte W. die erlegte Rehgaise vorläufig im Wald in der Absicht sie später unbemerkt zu holen und dem Jagdherrn allein zu übergeben. Als er jedoch abends kam, um das Reh abzuholen, war es nicht mehr da; der Angeklagte hatte es in seinem Versteck aufgefunden und nach Hause genommen, um es für sich zu behalten, es also unbefugt sich angeeignet. Auf Grund dieser Feststellung gelangte das Berufungsgericht zur Verurteilung des Angeklagten wegen eines Jagdvergehens i. S. § 293 StGB. Hiebei hat die Strafkammer die Frage, ob an dem erlegten Reh damals, als es der Angeklagte an sich nahm, bereits für einen Dritten Eigentum erworben gewesen sei, ausdrücklich dahin gestellt gelassen. Denn, heißt es im Urteil, dem Angeklagten sei nicht zu widerlegen, daß er bei der Aneignung des Wildes der Meinung gewesen sei, dasselbe habe,

noch ehe daran von jemand Besitz ergriffen worden sei, ein Treiber unbefugt für sich beseitigt, eine solche Besitzergreifung aber hätte das Aneignungsrecht des Jagdberechtigten verletzt, also einen Eigentumserwerb nicht herbeigeführt.

Von dieser Erwägung ausgehend konnte das Berufungsgericht auf eine Entscheidung über die Frage des Eigentumserwerbs verzichten, soweit die Beurteilung der Tat unter dem Gesichtspunkte des Diebstahls in Betracht kam. Dagegen konnte in bezug auf die Beurteilung der Tat als Jagdvergehen die Frage des Eigentumserwerbs nicht unentschieden bleiben. Denn dieses Vergehen, seinem Begriffe nach unbefugter Eingriff in ausschließliches fremdes Okkupationsrecht, setzt herrenlose, dem Okkupationsrecht eines anderen unterworfene Sachen voraus. Es ist also ausgeschlossen da wo die Sache, das Jagdwild bereits okkupiert, bereits in jemandes Eigentum gelangt ist. Die Strafkammer konnte sich daher der Entscheidung der Frage, ob das erlegte Reh, als es der Angeklagte an sich nahm, schon im Eigentum eines anderen, etwa des Jagdberechtigten gestanden habe, nicht entziehen. Denn nur bei Verneinung dieser Frage war die Anwendung der §§ 292, 293 StGB., die Verurteilung des Angeklagten wegen Jagdvergehens möglich. Wäre die Frage zu bejahen, so könnte es sich bei dem von der Strafkammer hinsichtlich der Kenntnis des Angeklagten von diesem Umstand eingenommenen Standpunkt lediglich um die Annahme eines von dem Gesetz nicht mit Strafe bedrohten Versuchs eines solchen Vergehens handeln.

Dem Ausgeführten zufolge hat das Berufungsurteil ein für die Feststellung eines Jagdvergehens notwendiges Tatbestandsmerkmal, die Herrenlosigkeit des vom Angeklagten an sich genommenen Wildes, übersehen. Die von ihm getroffene rechtliche Feststellung, der Angeklagte habe, ohne hiezu berechtigt zu sein, die Jagd ausgeübt, ist durch die tatsächlichen Feststellungen nicht getragen. Insofern liegt eine rechtsirrtümliche Anwendung des § 293 StGB. vor, auf welcher die Verurteilung des Angeklagten beruht. Das Ur-

teil konnte hienach nicht aufrecht erhalten werden, mußte vielmehr ſamt den zugrunde liegenden Feſtſtellungen der Aufhebung unterliegen. Bei der nochmaligen Beurteilung wird ſich eine weitere Prüfung des Sachverhalts nach der Richtung nahelegen, ob nicht der Angekl., wenn auch zunächſt der Meinung, ein Treiber habe unbefugt das Reh beſeitigt, doch nicht etwa auch an die Möglichkeit der Okkupation durch einen hiezu Berechtigten gedacht, und auch die hieraus zu ziehende Folgerung in ſeinen Willen aufgenommen habe.

Bei der wiederholten Verhandlung vor dem Berufungsgericht hat dieſes angenommen, daß der Angeklagte der Meinung geweſen ſei, einer der Treiber oder ein Jagdgaſt habe die Rehgaiſe rechtswidrig beſeitigt, um ſie ſpäter für ſich zu holen und auf Grund hievon ſowie der oben bereits angegebenen Feſtſtellungen den Angeklagten abermals eines Jagdvergehens im Sinne der §§ 292 und 293 StGB. für ſchuldig erkannt. Hiebei iſt das Berufungsgericht ausdrücklich von der Annahme ausgegangen, daß an der Rehgaiſe, als ſie der Angeklagte ſich rechtswidrig zugeeignet habe, noch kein Eigentum begründet, das erlegte Tier vielmehr noch herrenlos und Gegenſtand des Okkupationsrechts des Jagdherrn geweſen ſei. Die Strafkammer hat hiebei erwogen, daß W. bei dem Verſtecken der Gaiſe nebenbei auch den Zweck, ihre Beſeitigung durch Treiber zu verhüten und ſo das Aneignungsrecht des Jagdherrn zu ſichern, verfolgt haben, und daß hierin eine Ingewahrſam- oder Inbeſitznahme der Gaiſe für den Jagdherrn geſehen werden möge, daß aber der Gedanke, die Gaiſe jetzt ſchon als dem Jagdherrn gehörend in Beſitz zu nehmen und damit für dieſen Eigenbeſitz und Eigentum zu begründen, dem W. ohne Zweifel zurzeit des Verſteckens fern gelegen ſei.

Die gegen dieſes zweite Urteil eingelegte Reviſion vermeint nun, nach dieſen Feſtſtellungen ſei an der Rehgaiſe bereits Eigentum für den Jagdherrn erworben geweſen, als ſie der Angeklagte an ſich genommen habe. Allein nach § 958 BGB. wird das Eigentum an einer herrenloſen Sache dadurch erworben, daß ſie in Eigenbeſitz genommen wird.

Das Berufungsurteil unterscheidet aber ausdrücklich zwischen Inbesitznahme, d. h. Erlangung der tatsächlichen Gewalt über die Sache, und Eigenbesitz. Während das Urteil die Inbesitznahme des Rehs als möglich zugibt, schließt es die Annahme, daß W. das Reh als dem Jagdherrn gehörend in Besitz nehmen, also für diesen Eigenbesitz und damit Eigentum habe begründen wollen, aus. Ob die hier vertretene Auslegung der Willensrichtung des W. zutrifft, ist Sache tatsächlicher Erwägung und der Nachprüfung in dieser Instanz entzogen. Auf Grund derselben aber konnte das Berufungsurteil ohne Rechtsirrtum zu dem Schlusse gelangen, daß an dem Reh noch kein Eigentum erworben gewesen sei, als es der Angeklagte an sich nahm. Wenn es im Urteil heißt, daß der Gedanke, die Rehgaise jetzt schon als dem Jagdherrn gehörend in Besitz zu nehmen, dem W. „ohne Zweifel" fern gelegen sei, so will mit dieser Wendung nach dem ganzen Zusammenhang offenbar jeder Zweifel ausgeschlossen, und nicht etwa die Ansicht des Berufungsgerichts als eine nicht ganz sichere und zweifelsfreie dargestellt werden.

Die in der Revisionsbegründung vertretene Ansicht, daß wenn ein Jagdgast an einem erlegten Tier Besitz für den Jagdherrn erwerbe, das selbstverständlich in der Absicht geschehe, Eigentum für den Jagdherrn zu erwerben, kann in dieser Allgemeinheit nicht als zutreffend angesehen werden. Zunächst und an und für sich ist die Tätigkeit der Jagdgäste darauf gerichtet, Wild zu erlegen und dadurch dem Jagdherrn die Okkupation des Wildes zu ermöglichen, und es ist Sache des Jagdherrn, ob er diese Okkupation vornehmen und damit Eigentum an dem Wild erwerben will, was er unter Umständen, z. B. bei Erlegung eines Tieres zur Schonzeit oder eines kranken Tieres zu tun gar nicht gesonnen sein wird. Nun mag allerdings regelmäßig der Sachverhalt der sein, daß der Jagdgast, wenn er ein erlegtes Stück Wild in Besitz nimmt, dies tut mit dem Willen, hiedurch für den Jagdherrn Eigentum zu erwerben, allein es muß dies nicht notwendig der Fall sein, und es untersteht

der Beurteilung im einzelnen Fall, ob der Jagdgast bei der Ansichtnahme jenen Willen gehabt hat, vorliegenden Falls aber hat das Berufungsgericht dies verneint. Hienach steht der Feststellung des Berufungsurteils, daß die erlegte Rehgaise zurzeit, als sie der Angeklagte wegnahm, noch nicht im Eigentum des Jagdberechtigten gestanden, vielmehr herrenlos gewesen sei, ein rechtliches Bedenken nicht entgegen.

Urteil des Strafsenats in der Strafsache gegen X. R. in St. wegen Jagdvergehens vom 27. April und 13. Juli 1903.

7.

Gehört die Jagdausübung zum Tatbestand einer Uebertretung des Art. 17 Ziff. 4 des Jagdgesetzes vom 27. Okt. 1855?

Nach den Feststellungen der vorigen Instanz hat der Angeklagte am Samstag den 28. Mai 1904 abends nach 5 Uhr auf seinem Jagdgebiet, der von ihm gepachteten E. Gemeindejagd, mit ungeladenem Jagdgewehr und Jagdpatronen versehen sich von seinem gleichermaßen ausgerüsteten Jagdhüter P., demgegenüber er zuvor geäußert hatte, er wolle heute nicht schießen, die Grenze zwischen dem E. und B. Gemeindejagdgebiet zeigen lassen. Dabei hatten sie die außerhalb der Wege durch den Wald ziehende Grenzlinie zu begehen und sind im Wald, jedoch auf einem Holzabfuhrweg, auf den mit Ausübung des Jagd- und Forstschutzes betrauten E. Gemeindewaldschützen B. gestoßen, der den Angeklagten fragte, ob er der Jagdpächter sei, und auf dessen bejahende Antwort die Vorzeigung seiner Jagdkarte verlangte. Der Angeklagte verweigerte dies mit dem Bemerken, das habe er nicht nötig, er kenne ihn nicht. Trotzdem nun B. ausdrücklich erklärte, er sei der Gemeindewaldschütz von E. und der Angeklagte habe ihm seine Jagdkarte vorzuzeigen, verweigerte der Angeklagte wiederholt die Vorzeigung seiner Jagdkarte, die er bei dem Zusammentreffen bei sich geführt

hat. Die Strafkammer hat auf Grund dessen den Angeklagten einer Uebertretung der Ziff. 4 des Art. 17 d. Ges. betreffend die Regelung der Jagd vom 27. Oktober 1855 für schuldig erkannt und zwar aus zutreffenden Gründen.

Der Angriff der Revision, daß der Angeklagte nicht bestraft werden könne, weil er sich bei dem Zusammentreffen mit Waldschütz B. nicht in Jagdausübung befunden habe, geht abgesehen davon, daß die Strafkammer in tatsächlicher, rechtlich nicht zu beanstandender Würdigung des Sachverhalts festgestellt hat, Angeklagter habe sich bei Verweigerung der Vorzeigung der Karte in Jagdausübung befunden, schon darum fehl, weil die Jagdausübung gar nicht zum Tatbestandsmerkmal der Ziff. 4 des Art. 17 des Jagdgesetzes gehört.

Wenn auch der Begründung zum Entwurf des Jagdgesetzes und den Verhandlungen der Kammer der Abgeordneten über Ziff. 4 d. Art. 17 d. Ges. zur Entscheidung dieser Frage nichts entnommen werden kann, so erhellt die Verneinung des Erfordernisses der Jagdausübung doch schon aus dem Wortlaut der Ziff. 4 zit. Ges., welcher die Jagdausübung nicht erwähnt, während in Ziff. 1, Ziff. 2, Ziff. 3 und Ziff. 5 des Art. 17 die Mitführung der Jagdkarte bei „Ausübung der Jagd", beim „Jagen", beim „Mitgenommenwerden auf die Jagd" verlangt. Daß es sich beim Weglassen des Erfordernisses der Jagdausübung aus dem Text der Ziff. 4 d. Art. 17 nicht sowohl um eine versehentliche oder selbstverständliche Auslassung handelt, wie die Revision geltend macht, ergibt aber der Zweck der Gesetzesbestimmung. Das Strafkammerurteil hat mit guter Begründung den Zweck der Ziff. 4 d. Art. 17 dahin bestimmt, daß dadurch auch in andern Fällen, als denen der Jagdausübung den zuständigen Beamten eine wirksame Kontrolle in bezug auf die zum Zweck des Jagd- und Forstschutzes gegebenen Vorschriften ermöglicht werden solle. Gerade der vorliegende Fall zeigt, wenn man das Vorbringen der Verteidigung unterstellt, daß nicht in Jagdausübung begriffene, aber mit Jagdausrüstung versehene Personen im Wald um-

herstreifen, denen gegenüber der Forstschutzbeamte schon darum zum Verlangen der Vorzeigung der Jagdkarte berechtigt sein muß, um prüfen zu können, ob sie sich nicht etwa einer Uebertretung i. S. des § 368 Ziff. 10 des StGB. oder etwa einer Uebertretung gegen Art. 25 des Forstpolizeigesetzes vom 8. September 1879, Reg.-Bl. S. 317 schuldig gemacht haben.

Mit Grund hat die Strafkammer dahin gestellt gelassen, ob der Holzabfuhrweg, auf dem das Zusammentreffen des Angeklagten mit dem Waldschützen stattgefunden hat, als ein öffentlicher Weg im Sinne der Abt. B Ziff. IV 2 der Dienstanweisung des Ministeriums des Innern über Fischerei-, Jagd- und Vogelschutz in Württemberg vom 9. Nov. 1900 anzusehen ist, da sie festgestellt hat, daß der Angeklagte den Holzabfuhrweg nur im Augenblick der Begegnung benützt und zuvor schon außerhalb des Wegs im Wald die Grenze begangen hat.

Anlangend endlich die von der Revision gerügte Verletzung des § 59 d. StGB., so hat die Strafkammer einwandsfrei festgestellt, daß der Angeklagte die Eigenschaft des B. als eines mit Jagd- und Forstschutz beauftragten, zum Verlangen der Vorzeigung der Jagdkarte berechtigten Gemeindebeamten gekannt hat; wenn er sich gleichwohl zur Verweigerung der Vorzeigung berechtigt hielt, so hat er nicht in Beziehung auf die Tatumstände sondern in der Auslegung des Strafgesetzes geirrt, welcher Irrtum nach bekannten Rechtsgrundsätzen einflußlos ist.

Urteil des Strafsenats vom 31. Oktober 1904 in der Strafsache gegen G.B. in St. wegen Uebertretung gegen das Jagdgesetz vom 27. Oktober 1855.

8.

1) Zur Frage der formellen Einlegung der Revision. 2) Zur Auslegung der Kais. Verordnung vom 22. Okt. 1901 betr. den Verkehr mit Arzneimitteln; zum Begriff von Pechpflaster.

Der Angeklagte ist unter der Feststellung, daß er in

seiner Drogenhandlung ohne polizeiliche Erlaubnis eine aus Wachs, Terpentin und Fett zusammengesetzte Zubereitung als Heilmittel für Menschen und hiemit eine für den Handel nicht freigegebene Arznei feilgeboten habe, wegen Uebertretung im Sinn des § 367 Ziff. 3 RStGB. zu einer Geldstrafe verurteilt worden.

Die von ihm hiegegen eingelegte Revision rügt rechtsirrtümliche Anwendung der vorgenannten Strafvorschrift. Sie kann trotz des Mangels eines unter Beachtung der Formvorschrift des § 385 Abs. 2 StPO. gestellten ausdrücklichen Antrags und einer näheren Begründung als in zulässiger Weise angebracht gelten, insofern aus der zu Protokoll des Gerichtsschreibers, somit formgerecht abgegebenen Erklärung sich mit zureichender Sicherheit entnehmen läßt, daß das Urteil des Berufungsgerichts, insoweit durch dasselbe der Angeklagte zu Strafe und Kosten verurteilt wurde, als auf fehlerhafter Anwendung des zit. Strafgesetzes beruhend angefochten und dessen Aufhebung beantragt werden will, und insofern bei der hier klar ausgesprochenen Richtung der Revisionsbeschwerde diese nicht in der Wortfassung eines bestimmten formulierten Antrags ausgedrückt sein muß.

Dem formell zulässigen Rechtsmittel war jedoch in der Sache ein Erfolg zu versagen. Die erwähnte Feststellung des Berufungsgerichts erschöpft den Tatbestand der durch § 367 Ziff. 3 RStGB. bedrohten Zuwiderhandlung und läßt eine irrtümliche Rechtsauslegung und Anwendung nach keiner Seite erkennen. Die vom Angeklagten in seiner Drogenhandlung feilgebotene sog. „Medizinische Terpentinsalbe", bestehend aus Wachs, Terpentin und Fett, ist zutreffend den Zubereitungen unterstellt worden, deren Verkauf und Feilbieten nach dem der geltenden Kaiserlichen Verordnung vom 22. Oktober 1901 betr. den Verkehr mit Arzneimitteln beigefügten Verzeichnis A nur in Apotheken gestattet ist, und zwar den unter Ziff. 10 dieses Verzeichnisses aufgeführten „Pflaster und Salben" und unter Ausschluß der daselbst für Pechpflaster gemachten Ausnahme. Die Auslegung dieser

Ausnahmebestimmung (lautend: „ausgenommen Pechpflaster, dessen Masse lediglich aus Pech, Wachs, Terpentin und Fett oder einzelnen dieser Stoffe besteht"), kann nach dem allgemeinen Sprachgebrauch wie nach dem hievon nicht abweichenden speziell-technischen Wortsinn in der Heilkunde und Arzneimittellehre verständiger Weise nur dahin gegeben werden, daß einerseits die Zubereitung notwendig Pech als Bestandteil enthalten muß, wobei allerdings das Mischungsverhältnis der angeführten vier Stoffe oder einzelner derselben dahin gestellt gelassen, aber ein Zusatz von Pech angesichts der Benennung Pechpflaster als selbstverständliches Begriffsmerkmal angenommen ist, und daß andererseits die Zubereitung als ein Pflaster sei es als sog. Pflastermasse im Unterschied von Salbe oder als gebrauchsfertiges Pflaster sich äußerlich darstellen muß. Auch hier stimmt der gewöhnliche Sprachgebrauch wie derjenige der Wissenschaft darin überein, daß unter Pflaster entweder eine harte knetbare Masse, welche meist in Tafeln oder Stangen verabreicht, oder sonst in Stücke verschiedenster Form gebracht, auf Stoff oder auf ein Gewebe gestrichen wird und dann auf der Haut klebt, oder das aus dem so bestrichenen Gewebe bestehende gebrauchsfertige Pflaster zu verstehen ist, während unter Salbe eine weiche, fett- oder ölartige Masse zum Einreiben oder Aufstreichen verstanden wird. Daß die Kaiserliche Verordnung den Worten „Pflaster und Salben" eine von der allgemein üblichen Bedeutung abweichende beilegen wollte oder keinen Unterschied zwischen beiden macht, ist nirgends erkennbar, darf ohne besonderen Grund auch nicht unterstellt werden, das Gegenteil läßt sich vielmehr daraus entnehmen, daß unter den zugelassenen Ausnahmen außer „Pechpflaster, dessen Masse u. s. w." auch „Terpentinsalbe für Tiere" speziell aufgeführt ist. Nun hat das Berufungsgericht tatsächlich festgestellt, daß die vom Angeklagten feilgebotene Zubereitung keinerlei Pechzusatz enthält, ferner daß sie als Terpentinsalbe auf den Büchsen bezeichnet ist und auch nur als Salbe sich darstellt; die unter Hinweis auf den

Sprachgebrauch, auf die begriffliche Unterscheidung zwischen Pflaster und Salben, auf die aus der gleichwertigen Anführung der zwei oben erwähnten Ausnahmen sich ergebende Folgerung und auf den zu unterstellenden verständigen Sinn der Kais. Verordnung dafür gegebene Begründung, daß die fragliche Zubereitung nie und nimmer unter den Begriff Pflaster gebracht werden könne, ist rechtlich einwandfrei und zeigt auch keinen inneren Widerspruch, in welchem die einzelnen Ausführungen etwa stünden.

Urteil des Strafsenats vom 9. März 1904 in der Strafsache gegen F. Sp. in F. wegen Uebertretung nach § 367 Ziff. 3 RStGB.

10.

Inwiefern ist die polizeiliche Anmeldung eines Arbeiters durch den minderjährigen Sohn des Arbeitgebers als unterlassene Anmeldung anzusehen und strafbar?

Aus den Gründen:

Nach dem festgestellten Sachverhalt hat der Angeklagte am 14. Oktober 1903 den Arbeiter A. D. von E. in seinem Geschäft eingestellt und dann unterlassen, denselben innerhalb der vorgeschriebenen Frist von 3 Tagen nach dem Eintritt beim Einwohnermeldeamt polizeilich und für die Ortskrankenkasse anzumelden. Zwar hat auf seine Veranlassung der elfjährige Sohn P. F. das vorgeschriebene Anmeldeformular ausgefüllt, mit dem eigenen Namen als Vertreter des Vaters unterzeichnet („für M. F.: P. F.") und am 17. Oktober auf das Einwohnermeldeamt gebracht, woselbst er jedoch mit dem Bescheid, daß der Vater selbst die Anzeige zu unterzeichnen habe, zurückgewiesen wurde. Der Angeklagte, dem der Sohn das Schriftstück zurückbrachte, ließ die Sache auf sich beruhen und unterließ weitere Schritte. Die von ihm gegen seine Bestrafung wegen unterlassener Anmeldung eingelegte Revision rügt unrichtige Anwendung der Vorschriften in §§ 49 und 82a des Krankenversicherungsgesetzes

mit der Behauptung, daß daselbst nur die Verpflichtung des Arbeitgebers zur Anmeldung, dagegen über die Form, in der dies zu geschehen habe, nichts vorgeschrieben sei, und daß der Arbeitgeber zur Vermittlung der erforderlichen Benachrichtigung der Behörde sich eines Dritten derart bedienen könne, daß er ihn beauftrage, mit seinem d. h. des Arbeitgebers Namen zu unterzeichnen. Dem Rechtsmittel war der Erfolg zu versagen.

Nach § 4 der K. Verordnung vom 25. Mai 1901 sind Arbeitgeber, Lehrherrn und Dienstherrschaften gehalten, den Eintritt von Arbeitern, Lehrlingen, Gewerbegehilfen oder Dienstboten der Ortspolizeibehörde schriftlich anzuzeigen, und in § 4 der hiezu auf Grund besonderer Ermächtigung ergangenen Vollzugsverfügung des K. Ministeriums des Innern vom 30. Mai 1901 ist ausgesprochen, daß die Verpflichtung der Arbeitgeber, Lehrherrn und Dienstherrschaften zur Anzeige des Eintritts und Austritts von Arbeitern, Dienstboten 2c., abgesehen von Art. 15 Z. 2 PolStG. geregelt sei durch §§ 49 und 81 des Reichskrankenversicherungsgesetzes. Nach dem zit. Art. 15 Z. 2 wird bestraft, wer den Vorschriften in betreff der Anzeige von dem Eintritt der Dienstboten, Arbeiter ... entgegenhandelt; der § 49 Abs. 1 Krankenvers.G. lautet: „Die Arbeitgeber haben jede von ihnen beschäftigte versicherungspflichtige Person ... spätestens am 3. Tag nach Beginn der Beschäftigung anzumelden"; in Abs. 2 sind die zuständigen Anmeldestellen bezeichnet und in Abs. 3 vorgeschrieben, daß die Anmeldung zur Ortskrankenkasse auch die behufs der Berechnung der Beiträge durch das Statut geforderten Angaben über die Lohnverhältnisse zu enthalten habe; endlich ist nach § 81 eod. strafbar, „wer der ihm nach § 49 ... obliegenden Verpflichtung zur An- und Abmeldung nicht nachkommt", welche Strafbestimmung sonach nicht nur auf die unterlassene sondern auch auf eine ungenügende oder unrichtige Anmeldung Anwendung findet, vgl. Urteil des RG. in Goltd. Arch. Bd. 47 S. 163.

Nach diesen Vorschriften steht außer Zweifel, daß der Arbeitgeber selbst zur Anmeldung der eingestellten

Arbeiter verpflichtet und dafür verantwortlich ist, daß die Anmeldung zur rechten Zeit, in der gehörigen Form, an der richtigen Stelle und mit dem gesetzlich vorgeschriebenen Inhalt erfolgt. Das Nähere hierüber enthält die zit. Vollzugsverfügung, welche im § 5 die Benützung bestimmter Formulare seitens der Meldepflichtigen vorschreibt und z. B. für den Fall des Vorhandenseins zweier Meldepflichtigen eine gemeinsame Meldung durch Ausfüllung und gemeinschaftliche Unterzeichnung eines Formulars für genügend erklärt; auch enthalten die zur Benützung vorgeschriebenen Anmeldeformulare am Schluß den Vermerk „Unterschrift und Stand und Gewerbe des zur Meldung Verpflichteten (Arbeitgebers, Lehrherrn oder Dienstherrn) t: ....“ Ein solches Formular hat der Knabe P. F. nach dem angefochtenen Urteil benützt, ausgefüllt und in der angegebenen Weise unterzeichnet.

Diese Unterzeichnung an Stelle des meldepflichtigen Angeklagten durch dessen 11 Jahre alten Sohn kann als eine dem Gesetz entsprechende Anmeldung nicht angesehen werden. Die nach den angeführten Gesetzesbestimmungen dem Arbeitgeber obliegende Anmeldepflicht ist öffentlichrechtlicher Natur, und können deshalb die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs, wonach ein Minderjähriger, der das 7. Lebensjahr vollendet hat, nach Maßgabe der §§ 107—113 BGB. in der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist und wonach die Wirksamkeit einer von einem Vertreter abgegebenen Willenserklärung dadurch nicht beeinträchtigt wird, daß der Vertreter in der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist (§§ 106, 165), hierher nicht zur Anwendung gelangen, wie sie denn auch für manche civilrechtliche Geschäfte, nämlich im Familien- und Erbrecht gleichfalls ausgeschlossen bleiben. Diese Auffassung findet für Fälle der vorliegenden Art ihre unzweifelhafte gesetzliche Bestätigung in dem § 82a des Krankenvers.Ges., wonach die Arbeitgeber befugt sind, die Erfüllung der ihnen durch das Gesetz auferlegten Verpflichtungen, also auch der Anmeldepflicht des § 49 solchen Personen zu übertragen, welche sie zur Leitung ihres Betriebs oder eines Teils des-

selben oder zur Beaufsichtigung bestellt haben. Diese dem § 151 RGewO. nachgebildete Bestimmung war in dem ursprünglichen Krankenversicherungsgesetz vom 15. Juli 1883 nicht enthalten und ist durch die Novelle vom 10. April 1892 aus dem Grund in das Gesetz aufgenommen worden, weil in der Praxis die Ansicht vertreten war, daß der Arbeitgeber die ihm durch dieses Gesetz auferlegten Pflichten niemanden, auch nicht einem Stellvertreter im Gewerbebetrieb, mit dessen Verantwortlichkeit übertragen könne, vgl. Stenglein Komm. zu § 82a. Hienach hat der Gesetzgeber klar zum Ausdruck gebracht, daß außer dem Arbeitgeber selbst nur eine der hier aufgeführten Personen, falls ihr vom ersteren diese Verpflichtung übertragen ist, die vorgeschriebene Meldung mit rechtlicher Wirksamkeit erstatten kann. Zu diesen Personen gehört nun der elfjährige Sohn des Angeklagten nach den getroffenen Feststellungen und wie der Angeklagte selbst einräumt, nicht. Wenn aber die Revision behauptet, der Angeklagte habe nicht die Verantwortung und Besorgung der Anmeldung dem Sohn im Sinn des § 82a übertragen, sondern diesen als sein Werkzeug für die Benachrichtigung der Behörde nur beauftragt, seinen Namen zu unterzeichnen, so verkennt sie offenbar die Bedeutung des durch den Sohn versuchten Anmelde- und Unterzeichnungsaktes sowie der eigenen Anmeldeverpflichtung. Es kann dahingestellt bleiben, ob das Gesetz die eigene Unterzeichnung des Arbeitgebers oder seines gewerblichen Stellvertreters als der für die Anmeldung und deren Inhalt nach dem Gesetz verantwortlichen Person erfordert, denn vorliegend hat der Sohn gar nicht den Namen des Vaters unterzeichnet, sondern seinen eigenen Namen und zwar in der Art eines Prokuristen; es liegt also der von der Revision behauptete, möglicherweise zulässige Fall einer Vertretung in der Unterzeichnung überhaupt nicht vor, der Sohn hat nicht die solchenfalls erforderliche Namensunterschrift „M. F." gesetzt, vielmehr als ein Vertreter der nach § 82a zugelassenen Art gehandelt, welche Eigenschaft ihm tatsächlich nicht zukam und bei seinem Alter auch nicht zu-

kommen konnte. Der Einwand der Revision geht somit fehl.

Urteil des Strafsenats vom 6. April 1904 in der Strafsache gegen M. F. in T. wegen unterlassener Anmeldung eines Arbeiters.

11.

Die Strafbarkeit eines Bauakkordanten wegen unterlassener Erstellung einer Schutzhütte für Vornahme von Steinhauerarbeiten.

Nach § 4 der vom Bundesrat auf Grund des § 120e GewO. erlassenen, am 20. März 1902 bekannt gegebenen Bestimmungen über die Einrichtung und den Betrieb von Steinbrüchen und Steinhauereien (Steinmetzbetrieben) müssen für die im Freien arbeitenden Steinhauer zum Schutz gegen die Unbilden der Witterung entweder Schutzdächer über den Werkstücken oder Arbeitsbuden errichtet werden und müssen die Arbeitsbuden nach drei Seiten hin, insbesondere nach derjenigen der Hauptwindrichtung geschlossen werden können. Gemäß § 147 Ziff. 4 GewO. wird bestraft, wer den auf Grund des § 120e erlassenen Vorschriften zuwiderhandelt und einer Verfehlung wider diese Strafbestimmung ist der Angeklagte vom Berufungsgericht auf Grund der Feststellung für schuldig erklärt worden, daß er als Akkordant bei Ausführung eines Neubaus in St. eine größere Anzahl Mauersteine, darunter solche, welche von den Ruinen des abgebrannten Hoftheaters herrührten, zu Zwecken dieses Neubaues an der Baustelle durch einige seiner Arbeiter habe bearbeiten und zurichten lassen, wobei er für die im Freien beschäftigten Arbeiter weder eine Bauhütte noch ein Schutzdach erstellte.

Die Revision macht gegen diese Anwendung der Bundesratsverordnung geltend, daß sich letztere lediglich auf den gewerbsmäßigen Betrieb von Steinhauereien d. h. von solchen Anlagen beziehe, in welchen die Steinhauerei als dauerndes Gewerbe betrieben werde, daß sie also nur die Anlage von dauernden Betriebsstätten der gewerbsmäßigen Steinhauerei

im Auge habe, im vorliegenden Fall es sich aber nur um eine ganz vorübergehende Beschäftigung an einem Neubau gehandelt habe und diese überhaupt tatsächlich keine Steinhauerarbeit, auch die dabei verwendeten Arbeiter keine Steinhauer gewesen seien. Allerdings bildet das Vorliegen eines Gewerbeunternehmens, näherhin eines den Bestimmungen der Gewerbeordnung unterstehenden Geschäftsbetriebs die erste Voraussetzung für die Anwendbarkeit der Bundesratsverordnung vom 20. März 1902; denn letztere bildet eine Ausführungsverordnung zur GewOrdnung und ist auf Grund des § 120e derselben erlassen, wonach der Bundesrat ermächtigt ist, Vorschriften darüber zu geben, welchen Anforderungen in bestimmten Arten von Anlagen zur Durchführung der in den §§ 120a bis 120e enthaltenen Grundsätzen zu genügen ist und letztere haben die von dem Gewerbeunternehmer zum Schutze der Arbeiter gegen Gefahren für Leben, Gesundheit und Sittlichkeit zu treffenden Einrichtungen zum Gegenstand. Nun erfordert ein gewerbsmäßiger Geschäftsbetrieb eine fortgesetzte, auf Erwerb gerichtete Tätigkeit, sowie einen hierauf gerichteten Willen des Unternehmers; die Absicht, eine dauernde Erwerbstätigkeit daraus zu machen, ist aber nicht erforderlich und schon eine einzelne für sich bestehende Erwerbsbetätigung kann zur Annahme der Gewerbsmäßigkeit eines Betriebs ausreichen, falls sie sich nur als den Beginn einer fortzusetzenden gewerblichen Tätigkeit darstellt und nicht als bloß gelegentliche, alleinstehende Einzelhandlung, vergl. WürttJ. Bd. 16 S. 242/3. Ein Fall derartigen gewerbsmäßigen Betriebs ist im angefochtenen Urteil tatsächlich ausreichend und rechtlich einwandfrei festgestellt. Hienach besteht das Gewerbe des Angeklagten darin, daß er im Akkord die Maurerarbeiten an Neubauten ausführt und hiebei eine große Anzahl von Arbeitern beschäftigt, woraus vom Vorrichter ohne Rechtsirrtum gefolgert werden konnte, daß der Angeklagte auch das Behauen und Bearbeiten der für seinen Maurerarbeiten erforderlichen Steine gewerbsmäßig betreibt und für die An-

wendung der Bundesratsverordnung kein Unterschied dadurch begründet wird, ob ein Unternehmer das Behauen von Steinen allein oder im Zusammenhang mit einem anderen Geschäft betreibt.

Unzutreffend ist die weitere Behauptung der Revision, daß die Arbeiten, welche der Angeklagte vornehmen ließ und welche im gegebenen Fall einzig in Betracht kommen, überhaupt nicht als Steinhauerarbeiten aufzufassen seien und schon deshalb eine Zuwiderhandlung gegen die Bundesratsverordnung nicht vorliege. Denn nach den tatsächlichen Feststellungen des Vorrichters sind die Steine für den in der Ausführung begriffenen Neubau an der Baustätte behauen und zugerichtet worden, wenn auch bereits an ihrem früheren Lagerplatz eine Verarbeitung derselben stattgefunden hatte, und haben jene Arbeiten ununterbrochen 12—14 Tage gedauert, wobei fortgesetzt 4—6 Arbeiter verwendet waren und diese haben sich der beim Steinhauen üblichen Werkzeuge (Bossierhammer, Zweispitz, Schlageisen u. s. w.) bedient. Aus der Art dieser Arbeiten wie aus der Zahl der beschäftigten Arbeiter und der Dauer der Arbeiten wurde geschlossen, daß es sich nicht etwa bloß um gelegentliche Nachbesserungen, sondern um ein eigentliches Behauen und Zurechtmachen der Steine für den Neubau gehandelt hat. Diese Feststellungen und Ausführungen des Berufungsgerichts lassen eine rechtsirrige Auslegung nicht erkennen und rechtfertigen die Anwendung des § 4 der Bundesratsverordnung auf die fraglichen Arbeiten. Belanglos hiefür ist der Hinweis der Revision, daß die so beschäftigten Arbeiter nicht eigentliche Steinhauer, sondern Personen gewesen seien, welche im Hauptberuf Maurer waren, sowie daß die angeführten Werkzeuge von jedem Maurer bei einem Neubau zum Nachbessern 2c. benützt werden. Beides ist nicht entscheidend für den Begriff der Steinhauerarbeit und diese kann begrifflich wie im Sinn der Bundesratsverordnung jedenfalls als gegeben angenommen werden, wenn, wie vorliegend festgestellt, auf einer Baustätte mehrere hiezu ange-

stellte Personen mit Steinhauerwerkzeugen etwa zwei Wochen lang das Behauen und Zurichten von Steinen für einen Neubau besorgen. Die Bundesratsverordnung unterscheidet auch ihrerseits verschiedene Arbeiter in Steinhauereien, — solche, welche bei dem Bossieren *oder* der weiteren Bearbeitung von Steinen verwendet werden, sowie zwischen Rohaufarbeitung und darüber hinausgehender, also feinerer Bearbeitung der Steine und unterstellt sie sämtlich den erlassenen Bestimmungen, vgl. § 9 Abs. 2, § 10 Abs. 1, § 11 Abs. 1 daselbst. Ueberdies ist es nach dem im Schutz gegen die Unbilden der Witterung liegenden Zweck der Vorschrift des § 4 völlig gleichgültig, ob die den *angeführten längeren Zeitraum* beanspruchenden Steinhauerarbeiten in größeren oder kleineren Nacharbeiten oder Verbesserungen an den schon vorher bearbeiteten Bausteinen bestanden.

Verfehlt ist endlich die Berufung der Revision auf § 11 Abs. 2 der Verordnung, wonach die Anwendung ganz wesentlicher Schutzvorschriften selbst für richtige Steinhauereien, nämlich für solche Fälle ausgeschlossen wurde, in welchen Steinhauer außerhalb einer regelmäßigen Betriebsstätte, z. B. auf Bauten, vorübergehend beschäftigt werden. Denn die *ausgenommenen Bestimmungen* sind in § 11 Abs. 2 einzeln ausdrücklich bezeichnet — §§ 1, 2 und 12 — und unter ihnen ist diejenige des § 4, auf Grund deren die Verurteilung des Angeklagten ausgesprochen wurde, nicht aufgeführt. Der Versuch der Revision, trotzdem auch den § 4 mit dem Hinweis auf den gesetzgeberischen Zweck und die Annahme eines ungenauen Gebrauchs des Wörtchens „auf" als zu jenen Ausnahmebestimmungen gehörig nachzuweisen, läuft auf eine willkürliche, sachlich nicht gerechtfertigte Auslegung hinaus. Der Grund der Nichtanwendung auf eine derartige vorübergehende Beschäftigung von Steinhauern ergibt sich vielmehr aus dem Inhalt der ausgenommenen Bestimmungen und diese betreffen die Erstellung von hellen, mit Sitzplätzen versehenen und heizbaren Unterkunfts-

räumen für die im Freien beschäftigten Arbeiter (§ 1), ferner das Vorhandensein von entsprechenden Bedürfnisanstalten (§ 2), endlich den Aushang einer die Schutzbestimmungen der §§ 1—5, 9—11 enthaltenden Tafel (§ 12). Der Ausschluß dieser Vorschriften ist ohne weiteres erklärlich, während die Errichtung eines Schutzdachs gegen Witterungsunbilden nach dem offensichtlichen gesetzgeberischen Zweck auch bei vorübergehender Beschäftigung außerhalb einer regelmäßigen Betriebsstätte sich wohl rechtfertigt und z. B. „auf Bauten" bezw. innerhalb noch unvollendeter Bauwerke für den Standort des einzelnen Steinhauerarbeiters unschwer möglich ist. Allein hievon abgesehen ist eben angesichts des bestimmten und klaren Wortlauts der Vorschrift des Abs. 2 § 11 für die Schutzbestimmung des § 4 keinerlei Ausnahme oder auch nur Einschränkung geschaffen worden und können deshalb die entgegenstehenden Erwägungen der Revision, nach welchen die Anwendung des § 4 auf wechselnde Betriebsstätten der Steinhauereien als höchst unbillig und auch nicht nötig bezeichnet wird, vorliegend keine Beachtung finden, sie könnten vielmehr nur für die Frage einer künftigen Abänderung der Bundesratsverordnung in Betracht kommen.

Nach dem Ausgeführten konnte die Strafkammer ohne Rechtsirrtum in der Unterlassung der Errichtung eines Schutzdachs oder einer Arbeitsbude für die im Freien arbeitenden Steinhauer den objektiven Tatbestand einer Zuwiderhandlung gegen den § 147 Ziff. 4 GewO. als gegeben erachten und in subjektiver Hinsicht genügt jedes schuldhafte Zuwiderhandeln gegen die fragliche Schutzvorschrift, wobei ein etwaiger Irrtum des Angeklagten über die Auslegung der Bundesratsverordnung, welche die Strafbestimmung des § 147 Z. 4 ergänzt, sich als ein nicht beachtlicher Irrtum über ein Strafgesetz darstellen würde.

Urteil des Strafsenats vom 24. Oktober 1904 in der Strafsache gegen K. N. in St. wegen Vergehens gegen die Gewerbeordnung.

12.

Zum Tatbestand einer Verfehlung wider die K. Verordnung betr. die bürgerliche Feier der Sonn- und Festtage.

Aus den

Gründen:

Nach den tatsächlichen Feststellungen des angefochtenen Urteils hat der Angeklagte als Pächter des innerhalb Etter der Stadt B. gelegenen Pflugkeller am katholischen Festtage Mariä Himmelfahrt in der zum Pflugkeller gehörigen Kegelbahn seine Wirtschaftsgäste den ganzen Nachmittag hindurch Kegel spielen lassen. Als ihn der städtische Schutzmann M. nachmittags $^1/_2$ 4 Uhr zu Beginn des katholischen Nachmittagsgottesdienstes aufforderte, dem Kegeln Einhalt zu tun, es seinen Gästen zu untersagen, erwiderte er dem Schutzmann, es werde weiter gekegelt, und duldete das hierauf fortgesetzte Kegelspiel seiner Gäste. Da im Pflugkeller keinerlei Vorkehrungen getroffen sind, um das Geräusch des Kegelspiels zu dämpfen und sein Hinausdringen in die Nachbarschaft zu verhindern, so hat das Berufungsgericht dieses Kegeln als eine geräuschvolle Belustigung in Wirtschaftsräumen — § 5 Ziff. 1 KVO. vom $\frac{\text{27. Dezember 1871}}{\text{27. Mai 1895}}$ betr. die bürgerl. Feier der Sonn-, Fest- und Feiertagen erachtet, eine Annahme, die wesentlich dem tatsächlichen Gebiet angehörend jedenfalls keine Verkennung von Sinn und Inhalt der angeführten Vorschrift enthält.

Aus Wortlaut und Anordnung des § 5 KVO. folgert sodann der Vorrichter zutreffend weiter, daß solche geräuschvolle Belustigungen während der Zeit des Vor- und Nachmittagshauptgottesdienstes unbedingt und ohne Rücksicht darauf, ob sie den Gottesdienst stören oder nicht, verboten seien. Uebergehend auf die Frage, ob die Belustigung überhaupt als während des Nachmitagshauptgottesdienstes erfolgt anzusehen sei, ist im Berufungsurteil ausgeführt, daß darüber,

was als Nachmittagshauptgottesdienst anzusehen, lediglich die Auffassung der K. Verordnung selbst entscheide, welche dahin gehe, daß derjenige öffentliche Gottesdienst den erhöhten Schutz des § 5 genießen solle, welcher regelmäßig Nachmittags stattfinde und von den Konfessionsangehörigen als der Hauptgottesdienst im Gegensatz zu den Nebenandachten erachtet werde. In diesem Sinn sei der überall in katholischen Kirchen am Nachmittag von Sonn-, Fest- und Feiertagen als sog. Vesperandacht abgehaltene Gottesdienst ein Hauptgottesdienst.

Soweit diese Ausführung die Auslegung der K. Verordnung zum Gegenstand hat, zeigt sie nirgends eine rechtsirrtümmliche Auffassung von Sinn und Bedeutung der betreffenden Vorschrift. Die daraus gezogene Schlußfolgerung aber ruht auf tatsächlicher Grundlage, auf der vom Berufungsrichter angenommenen Anschauung der Konfessionsangehörigen und Regelmäßigkeit des Gottesdienstes; sie entzieht sich daher der Nachprüfung in dieser Instanz. Ohne Rechtsirrtum nimmt das Berufungsurteil weiter an, daß der vorliegenden Falls nicht eingehaltenen Bestimmung des § 12 KVO., wornach die Zeit des Gottesdienstes vom Ortsvorsteher bekannt zu machen ist, nur instruktioneller Charakter, aber keine Bedeutung für die Giltigkeit der KVO. zukomme.

Das Urteil stellt sodann fest, daß in der konfessionell gemischten Stadt B. ein Herkommen bestehe, wornach die den beiden Konfessionen eigentümlichen Festtage, soweit deren bürgerliche Feier in Frage komme, gegenseitig als solche gehalten werden — § 13 VO. — und es schließt eine, dieses Herkommen einschränkende, geräuschvolle Belustigungen, insbesondere Kegelspiel, während des Nachmittagsgottesdienstes an katholischen Festtagen gestattende, Vereinbarung oder herkömmliche Uebung für die Stadt B. aus. Auch hier bewegt sich das Urteil vorwiegend auf tatsächlichem Boden und untersteht insoweit nicht der Nachprüfung. Ein rechtlicher Verstoß aber, insbesondere ein Irrtum darüber, was § 13

der VO. unter Vereinbarung und Herkommen versteht, ist nicht ersichtlich. Nach dieser letzteren Feststellung aber ist der Schluß des Berufungsurteils gerechtfertigt, daß in B. geräuschvolle Belustigungen in Wirtschaftsräumen während des Nachmittagshauptgottesdienstes an Mariä Himmelfahrt ganz allgemein d. h. für beide Konfessionen untersagt seien.

Schließlich wendet sich das Urteil zu der Verschuldung des Angeklagten. In dieser Beziehung führt es aus: der § 5 Z. 1 KVO. in Verbindung mit § 366 Z. 1 StGB. bestrafe nicht denjenigen der während des Nachmittagsgottesdienstes kegle, sondern denjenigen der durch solches Kegelspiel in Wirtschaftsräumen eine geräuschvolle Belustigung herbeiführe. Der § 366 Z. 1 StGB. bestrafe auch fahrlässiges Handeln; in letzterem Falle sei jeder strafbar, der durch seine Tätigkeit eine Miturfache des Erfolgs gesetzt habe. Das geschehe aber vom Wirt, wenn er eine geräuschvolle Belustigung dadurch herbeiführe, daß er in seinem eigenen egoistischen Interesse die Kegelbahn und das Kegelspiel zur Verfügung stelle und so Hauptbedingungen zur Herbeiführung der geräuschvollen Belustigung setze. Der Wirt wäre also schon als Täter strafbar, wenn er in fahrlässiger Weise diese Tätigkeit entfaltet hätte, denn er habe zufolge der Vorschrift des § 5 Z. 1 KVO. die Pflicht, derartige Handlungen, welche eine geräuschvolle Belustigung in seinen Wirtschaftsräumlichkeiten mit verursachen, zu unterlassen. Seine Strafbarkeit komme aber nicht in Wegfall, wenn er das vorsätzlich vornehme, was ihn bei fahrlässigem Handeln strafbar mache. Vorsätzlich aber habe der Angeklagte gehandelt, denn er habe auf das Verbot des Schutzmanns ausdrücklich erklärt: es wird weiter gekegelt, und hiemit seine Verpflichtung, dem Kegelspiel durch Schließung der Kegelbahn während des Nachmittagsgottesdienstes ein Ende zu machen, vorsätzlich verletzt. Hienach kommt das Urteil zu dem Schluß, der Angeklagte habe in bewußtem und gewolltem Zusammenwirken, somit in Mittäterschaft mit den Spielenden die geräuschvolle Belustigung in seinen Wirtschafts-

räumen mit verursacht und verschuldet, es liege sonach eine in Mittäterschaft verübte Uebertretung der §§ 366 Z. 1, 47 StGB. verbunden mit § 5 Z. 1, § 1 Z. 2, § 13 Abs. 1 der cit. KVO. vor. Gegen diese Ausführungen hauptsächlich wendet sich die Revision; sie hält die Annahme einer Täterschaft des Angeklagten für rechtsirrig. Der Angeklagte ist jedoch mit Grund als Täter verurteilt.

Nach § 366 Z. 1 StPO. ist zu bestrafen, wer den gegen die Störung der Feier der Sonn- und Festtage erlassenen Anordnungen zuwiderhandelt. Solche Anordnungen enthält die mehrfach angeführte Königliche Verordnung, die in § 5 bestimmt: „Während der Zeit des Vor- und Nachmittagshauptgottesdienstes ist untersagt . . . jede geräuschvolle Belustigung in Wirtschaftsräumen". Diese Vorschrift ist ganz objektiv gehalten, sie beschränkt sich nicht auf die physischen Urheber des störenden Geräusches, erklärt vielmehr schlechthin die geräuschvolle Belustigung für unstatthaft und verboten. Hieraus aber und anderseits aus der allgemeinen Fassung der Strafvorschrift in § 366 Z. 1 StGB. ergibt sich, daß nicht allein die unmittelbaren Teilnehmer an der geräuschvollen Belustigung, sondern auch jeder, der sie bewußt ermöglicht und herbeigeführt, als unter die Norm des § 366 Z. 1 StGB. fallend angesehen werden muß, denn jeder, der sich so verhält, handelt der Anordnung des § 5 Z. 1 KVO. zuwider. Wollte man nun aber auch je einen Wirt nicht schon deshalb, weil er entgegen seiner Verpflichtung zur Aufrechterhaltung von Ruhe und Ordnung in seiner Wirtschaft es unterläßt, eine geräuschvolle Belustigung in seinen Wirtschaftsräumen abzustellen, als strafrechtlich verantwortlich für letztere betrachten, so hat vorliegend jedenfalls der Angeklagte dadurch der Bestimmung des § 5 KVO. zuwidergehandelt, daß er Kegelbahn und Kegelspiel seinen Gästen überlassen und damit eine Bedingung verwirklicht hat, die das Kegeln und den, wie er wußte, damit verbundenen Lärm überhaupt ermöglichte und notwendig herbeiführte. Damit aber hat er sich mit dem Verbot des § 5

KVO. in direkten Widerspruch gesetzt. In diesem Sinne sprechen sich im wesentlichen auch die, die Täterschaft des Angeklagten begründenden Ausführungen des Berufungsurteils aus. — Die Verurteilung des Angeklagten wegen einer Uebertretung i. S. § 366 Z. 1 StGB. und § 5 Z. 1 KVO. ist hienach begründet. Ob diese Uebertretung in Mittäterschaft mit den Kegelspielern begangen ist, über deren Täterschaft eine Feststellnng in subjektiver Richtung nicht getroffen wurde, kann, nachdem die Täterschaft des Angeklagten überhaupt feststeht, dahin gestellt bleiben.

Urteil des Strafsenats vom 13. Febr. 1905 in der Strafsache gegen J. B. in B. wegen Uebertretung i. S. § 366 Z. 1 StGB.

13.

Betrug oder Steuerdelikt?

Der Angeschuldigte E. B. bereiste als Geschäftsreisender der Firma T. in St. von 1899 bis Sommer 1902 Rußland und benötigte hiezu als ausländischer Geschäftsreisender eines Gewerbesteuerscheins, des sog. Gildenpatents, welches jährlich und zwar im Betrag verschieden von 500—1400 Mk. zu lösen war. Unter der Beschuldigung, die ihm auf sein Anfordern zum Erwerb des Patents von der Firma jährlich übermittelten Geldbeträge zu dem genannten Zweck nicht verwendet sondern jeweils sich betrüglich verschafft bezw. rechtswidrig zugeeignet zu haben, wurde gegen E. B. Untersuchung wegen Betrugs eingeleitet und Haftbefehl erlassen. In seiner Beschwerde gegen letzteren machte der Angeschuldigte u. a. geltend, die Steuerlast habe jedenfalls seine Firma als notwendige Geschäftsauslage, ihn selbst der russischen Steuerbehörde gegenüber kriminell wie civilrechtlich die alleinige Verantwortung für eine Nichtbezahlung der Steuer getroffen, auf den etwa defraudierten Steuerbetrag habe die Firma jedoch keinen Rechtsanspruch gehabt und letztere erscheine deshalb rechtlich an ihrem Vermögen nicht beschädigt, wenn

ihr der Mitgenuß an der dem E. B. geglückten Steuerhinterziehung, also an den Vorteilen eines Delikts entzogen wurde. Vom Straffenat wurde der vom Landgericht St. bestätigte Haftbefehl aufgehoben, da nach dem Ergebnis der Untersuchung die Lösung des Gildenpatents seitens des Angeschuldigten für 1901 nachgewiesen wurde, für die Jahre 1899 und 1900 zureichende Anhaltspunkte die für Nichtlösung ermangelten, wogegen diese für 1902 vom Angesch. zugestanden war. In letzterer Richtung ist die Aufhebung des Haftbefehls wie folgt begründet worden:

in Erwägung: . . . . .

3. daß für das Jahr 1902 der Angeschuldigte zwar behufs Lösung des Gildenpatents den Betrag von 500 Mk. von der Firma T. brieflich verlangt und bei der Abrechnung gutgeschrieben bekommen, tatsächlich das Patent aber nach der eigenen Einräumung nicht gelöst hat, daß jedoch das Schutzvorbringen des Angeschuldigten nicht zu widerlegen ist, er habe in anderer Form, um seine Geschäftstätigkeit in Rußland ohne Patent ausüben zu können, durch Vermittlung eines Dritten besondere Vorkehr treffen müssen und hiedurch entsprechende Auslagen gehabt, sowie daß er sich im Hinblick auf das im Fall der Nichtlösung des Patents von ihm getragene erhebliche Risiko für befugt erachten konnte, den für das Patent sonst auszugebenden Betrag der Geschäftsherrin aufzurechnen;

4. daß außerdem für die im Haftbefehl ausgesprochene Annahme, der Angeschuldigte habe durch die briefliche Lüge, das Patent für 1902 gelöst zu haben, die Firma T. zur Ueberſendung bezw. Verrechnung des erwähnten Betrags zu seinen Gunsten zu bestimmen unternommen, inhaltlich der Akten ein dringender Verdacht durchweg ermangelt, insofern die bezügliche Korrespondenz vielmehr darauf hinweist, daß der Angeschuldigte erst nachträglich, nachdem er den Betrag gefordert und schon gutgeschrieben bekommen hatte, die Lösung des Patents unterlassen hat, sei es weil sie ohne die ihm damals fehlende Gewerbe-Legitimations-

karte ihm nicht möglich war oder weil er den dadurch dem russischen Staat hinterzogenen Steuerbetrag in eigenem Nutzen verwenden wollte, in welchem Fall von vornherein der Tatbestand eines Betrugs entfällt, aber auch derjenige einer Unterschlagung oder Untreue im Hinblick auf die Beweislage nach Ziff. 3 nicht als vorliegend angenommen werden könnte, wie überhaupt die zum Betrugsvergehen erforderliche Vermögensbeschädigung der Firma strafrechtlich nur dann gegeben wäre, wenn der Angeschuldigte bereits in dem Zeitpunkt, in welchem er die zur Lösung des Patents erforderlich Geldsumme von der Firma verlangte und gutgeschrieben erhielt, zur Nichtlösung des Patents entschlossen war und so einen ihm gegen seine Geschäftsherrin nicht zukommenden Forderungsanspruch durch deren Täuschung geltend machte, wofür bestimmte Anhaltspunkte vorliegend überall fehlen.

5. daß bei dieser Beweis- und Sachlage unerörtert bleiben kann, ob und inwieweit nicht eventuell ein strafloser Versuch im Sinn des § 46 Ziff. 1, § 263 StGB. anzunehmen wäre, weil der Angeschuldigte an dem von ihm gegen die Firma T. im Jahr 1903 eingeklagten Restguthaben schon in der Klageschrift den für Lösung des Patents 1902 verlangten Betrag von 500 Mk. seinerseits freiwillig in Abzug brachte.

Beschluß des Ferienſenats vom 29. Juli 1904 in der Strafsache gegen E. B. in St wegen Betrugs.

14.

Das Recht des Stationsbeamten zur Sistierung eines Eisenbahnfahrgasts (§ 113 StGB.)

Der Angeklagte hatte beim Aussteigen aus einem Bahnzug auf der Hauptstation St. einem nachdrängenden Fahrgast N. einen Faustschlag ins Gesicht versetzt und der von N. um die Feststellung der Person des Täters ersuchte Stationsbeamte hatte dem Hilfsschaffner W. den Auftrag gegeben, den Angeklagten zwecks Feststellung seiner Personalien

in das Dienstzimmer der Station zu führen, worauf der Angeklagte der Aufforderung des W. zunächst willig folgte, sodann aber sich tätlich widersetzte und nur unter Anwendung von Gewalt auf das Dienstzimmer gebracht werden konnte, wo er nach Aufnahme seiner Personalien alsbald wieder entlassen wurde. Die gegen seine Verurteilung wegen Vergehens des Widerstandes gegen die Staatsgewalt eingelegte Revision rügte, daß der Stationsbeamte bei Erteilung des Befehls an W. nicht in rechtmäßiger Ausübung seines Amtes sich befunden habe. Dieser Revisionsgrund wurde wie folgt verworfen:

Nach § 127 StPO. ist jedermann und insbesondere ein Polizei- oder Sicherheitsbeamter zur vorläufigen Festnahme eines auf frischer Tat betroffenen bezw. verfolgten Delinquenten befugt, sofern seine Persönlichkeit nicht sofort festgestellt werden kann. Vorliegend hat der Angeklagte durch die dem Mitreisenden zugefügte Mißhandlung objektiv den Tatbestand eines Vergehens der Körperverletzung oder Beleidigung erfüllt und der Stationsbeamte hatte, wie festgestellt ist, diese Mißhandlung selbst mit angesehen, auch sofort die Gestellung des Angeklagten in das Dienstzimmer verfügt und zwar einzig zu dem Zweck der Feststellung seiner Persönlichkeit. Daß zu diesem Behuf der Angeklagte angewiesen wurde mit dem Unterbeamten in das Dienstzimmer zu gehen und nicht sofort auf dem Bahnsteig selbst zur Angabe seiner Personalien veranlaßt wurde, findet seine zureichende Begründung in den obwaltenden äußeren Umständen. Der die Anordnung treffende Stationsbeamte durfte, solange die Entleerung des Zuges und dessen ordnungsmäßige Abfertigung andauerte, seinen Posten auf dem Bahnsteig nicht verlassen und er wäre bei unverzüglicher Entgegennahme des Persönlichkeitsausweises auf dem Bahnsteig selbst insolange an der ihm als Hauptaufgabe obliegenden Ueberwachung der Zugentleerung und des hiermit zusammenhängenden Betriebsdienstes behindert gewesen, wie zugleich hierdurch leicht, zumal auf dem sehr verkehrsreichen Haupt-

Digitized by Google

bahnhof St. eine störende Hemmung des Passantenverkehrs mit der Möglichkeit der Ansammlung eines neugierigen, zu Ausschreitungen geneigten Publikums verursacht werden konnte und der Stationsbeamte deshalb es nicht nur als im dienstlichen, sondern auch im persönlichen Interesse des Angeklagten gelegen ansehen durfte, diesen zum Ausweis seiner Persönlichkeit in das Stationsdienstzimmer zu verweisen, um so nicht öffentlich vor allen Anwesenden sich ausweisen oder verantworten zu müssen.

Hiervon abgesehen handelte der Stationsbeamte in Gemäßheit bestehender Dienstvorschriften. Nach § 53 der Eisenbahnbetriebsordnung vom 5. Juli 1892 haben die Eisenbahnreisenden sowohl den dienstlichen Anordnungen der Bahnpolizeibeamten als auch den von der Bahnverwaltung behufs Aufrechterhaltung der Ordnung innerhalb des Bahngebiets getroffenen Anordnungen nachzukommen; zu den Bahnpolizeibeamten gehören nach § 66 u. a. die Stationsaufseher, Schaffner und Stationsdiener. Nach § 60 a. a. O. ist die Vornahme aller den Betrieb störenden Handlungen verboten und nach § 63 sind die Bahnpolizeibeamten befugt, einen jeden vorläufig festzunehmen, welcher bei der Uebertretung der in § 53 bis 61 gedachten Bestimmungen betroffen oder unmittelbar nach der Uebertretung verfolgt wird und sich über seine Person nicht auszuweisen vermag. Im gegebenen Fall hat die Eisenbahnbetriebsbehörde in der beim Verlassen des Eisenbahnzugs gegenüber einem Mitreisenden vom Angeklagten verübten Tätlichkeit zunächst eine Verfehlung gegen § 53 EBetrO. gesehen, das Schöffengericht dagegen eine Uebertretung gegen § 360 Ziff. 11 StGB. (grober Unfug), während das Landgericht das hierfür erforderliche Tatbestandsmerkmal einer unmittelbaren Gefährdung oder Belästigung des Publikums nicht als nachgewiesen erachtete. In jedem Fall war aber der Stationsbeamte, sei es, daß er eine Körperverletzung bezw. Beleidigung oder daß er eine Uebertretung gegen § 53 EBetrO. oder eine solche des groben Unfugs als gegeben ansah, gegen den auf frischer Tat betroffe-

nen Angeklagten zum Verlangen des Ausweises seiner Persönlichkeit und hiermit zu der nach der konkreten Sachlage begründeten Aufforderung zwecks Vornahme der Feststellung seiner Persönlichkeit mit einem Unterbeamten sich auf das Stationszimmer zu begeben sowie zu der hierin gelegenen zwangsweisen Gestellung des Angeklagten als einer berechtigten Form der Ermöglichung und eventuellen Durchführung der förmlichen vorläufigen Festnahme befugt. Nach den württembergischen Fahrdienstvorschriften vom 1. August 1903 §§ 5, 8 besteht die Hauptaufgabe des diensttuenden Stationsbeamten u. a. speziell darin, die Sicherheit der die Bahn benutzenden Personen zu wahren, Belästigungen des Publikums möglichst fernzuhalten und für die Ordnung auf dem Bahnhof zu sorgen. Wenn derselbe nun in Erfüllung dieser Amtsaufgabe wegen der infolge der Tat des Angeklagten im Bahnhof eingetretenen bezw. darin erblickten Störung der Ordnung und Belästigung des Publikums einschritt und die erwähnte Gestellung des Angeklagten zwecks Feststellung dessen Person verfügte, so war er hierbei in rechtmäßiger Amtsausübung. Denn er hat auf Grund und in Gemäßheit gesetzlicher Vorschriften gehandelt und ein in diesen für das Einschreiten im Einzelfall ihm zur Pflicht gemachtes freies Ermessen walten lassen; wenn hintendrein bei näherer Prüfung der Tatumstände es sich herausstellte, daß die von ihm bei seinem Einschreiten angenommene Verfehlung des Angeklagten nicht oder in anderer Weise vorlag, so wird hierdurch das Tatbestandsmerkmal der vom Beamten pflichtmäßig angenommenen „rechtmäßigen Amtsausübung" im Sinne des § 113 StGB. nicht etwa rückwärts wieder aufgehoben. Allerdings wird die objektiv rechtswidrige Handlung eines Beamten der im § 113 StGB. bezeichneten Art nicht dadurch zu einer rechtmäßigen, daß der Beamte sie irrtümlich dafür hält; aber ebenso verfehlt ist die Annahme, daß die Rechtmäßigkeit der einzelnen Amtstätigkeit, welche sich innerhalb der Grenzen der den Beamten im allgemeinen zustehenden Dienstbefugnisse, sowie der gesetzlichen Vorschrif-

ten hält, im Sinne dieses Paragraphen davon abhänge, ob sie nachträglich mit Erfolg angefochten werden kann oder nicht. Denn der Beamte hat im Einzelfall selbständig zu entscheiden ob die in gesetzlichen Bestimmungen für seine dienstliche Tätigkeit gegebenen materiellen Voraussetzungen vorliegen und nach dem Ergebnis der angestellten Prüfung sein amtliches Handeln einzurichten, wenn und so lange er dies tut, ist er in rechtmäßiger Amtsausübung begriffen.

Die Befugnis zu der angeführten Gestellung eventuell zur vorläufigen Festnahme des Angeklagten schließt aber notwendig ihrem Wesen nach das Recht zur Vornahme von Handlungen in sich, welche, wenn jene öffentlichrechtliche Befugnis nicht gegeben wäre, als Freiheitsberaubung und Nötigung im Sinne des Strafgesetzbuches anzusehen wären; jene Befugnis enthält von selbst die weitere in sich, die zur Ermöglichung ihrer Ausübung notwendigen Mittel, speziell die gegen einen Widerstrebenden erforderliche Gewalt anzuwenden. Befand sich der Angeklagte im Irrtum, daß er dem nach seiner Meinung unzulässigen Befehl zu seiner Sistierung nicht zu gehorchen brauche und dem den Befehl ausführenden Unterbeamten Widerstand entgegensetzen dürfe, so irrte er bezüglich des Strafgesetzes und dieser Irrtum vermag ihn nicht vor Strafe zu schützen. Hierzu kommt, daß der Angeklagte den Widerstandsakt ausschließlich gegen den mit der Vollziehung des Gestellungsbefehls des Stationsbeamten beauftragten und diesen Befehl vollziehenden Hilfsschaffner W. und gegen die zwei zu seiner Unterstützung beigezogenen Bahnhofsportiers verübt hat, demgemäß nicht sowohl die Rechtmäßigkeit des Gestellungsbefehls als solchen als vielmehr die Rechtmäßigkeit der Ausführung seitens der genannten Vollstreckungsbeamten das für die Anwendung des § 113 maßgebende Tatbestandsmerkmal bildet. Hatte der Stationsbeamte als dienstlicher Vorgesetzter dem Hilfsschaffner W. in amtlicher Eigenschaft und im allgemeinen für einen solchen Befehl gegebener Zuständigkeit diesen Befehl erteilt, so war er für W. verbindlich und dieser Beamte zu der unter

Umständen auch zwangsweisen Gestellung oder Vorführung des Angeklagten in das Stationsdienstzimmer berechtigt und solche pflichtmäßige Ausführung des Befehls sonach als eine rechtmäßige Amtsausübung anzusehen, gleichviel ob der erteilte Befehl selbst im konkreten Fall den gesetzlichen Erfordernissen entsprach oder nicht. Eine etwaige irrige Annahme des Täters in dieser Richtung kommt auch hier als Irrtum über das Strafgesetz für dessen Anwendbarkeit nach § 59 StGB. nicht in Betracht.

Urteil des Strafsenats vom 12 Dezember 1904 in der Strafsache gegen A. wegen Vergehens nach § 113 StGB.

15.

1) **Zum Begriff der Notwehr.**
2) **Die Zeitdauer des unbefugten Verweilens im Sinn des § 123 StGB.**
3) **Ist gegenüber einem Notwehrakt die Berufung auf § 193 StGB. zulässig?**

Nach den tatsächlichen Feststellungen des Berufungsgerichts hatte der Angeklagte seine im Hause des Privatklägers gemietete Wohnung gekündigt und als der letztere im Wohnzimmer des Angeklagten erschien, um diesen zu fragen, an welchem Tag er ausziehen werde, kam es zu einer Meinungsverschiedenheit der Parteien über das Ende der Mietzeit. Der Angeklagte erklärte, er bleibe, solange ihm das Recht zustehe, und lehnte jede weitere Aussprache mit dem Privatkläger ab, wobei er diesen wiederholt aufforderte, das Zimmer zu verlassen; der Privatkläger blieb trotz dieser Aufforderungen im Zimmer stehen, worauf ihm der Angeklagte mit Anzeige wegen Hausfriedensbruchs drohte, und als auch dies nichts fruchtete, ihm zurief: „'naus, Sie unverschämter Mensch". Nun ging der Privatkläger mit den Worten „ich gehe, aber Sie müssen mir das auf eine anständige Art sagen", der inzwischen von dritter Hand geöffneten Türe zu

und als er unter dieser stehen blieb, rief der Angeklagte: „'naus unverschämter Patron, 'naus", und schob den Privatkläger zur Türe hinaus. Der Privatkläger ist wegen Vergehens des Hausfriedensbruchs rechtskräftig verurteilt worden und hat seinerseits wegen der vorerwähnten Zurufe des Angeklagten Privatklage wegen Beleidigung erhoben, während der letztere wegen der Aeußerung des Privatklägers „ich gehe, aber Sie müssen mir das auf eine anständige Art sagen" Widerklage erhob.

Das Berufungsgericht hat den Angeklagten von der Anklage der Beleidigung freigesprochen und in der Widerklage wegen einer solchen den Privatkläger verurteilt. Die Revision des Privatklägers ficht das Berufungsurteil in vollem Umfang mit der Rüge der Verletzung materieller Rechtsnormen an.

Die Freisprechung des Angeklagten wegen Beleidigung wird vom Berufungsgericht auf § 53 des StGB. gestützt und hiezu ausgeführt: gegen den rechtswidrigen Angriff des Privatklägers auf das Hausrecht des Angeklagten habe sich der letztere zur Wehr setzen dürfen, dieser Angriff habe infolge des unbefugten weiteren Verweilens des Privatklägers im Wohnzimmer des Angeklagten noch fortgedauert, als der Angeklagte die den Gegenstand der Privatklage bildenden Zurufe getan, und hiebei habe dieser diejenige Verteidigung gewählt, welche erforderlich gewesen sei, um den gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff des Privatklägers auf sein Hausrecht von sich abzuwehren; denn der Angeklagte habe mit den Zurufen bezweckt, den Privatkläger zum Verlassen seines Zimmers zu veranlassen, und da diese sowie die Drohung mit Strafanzeige nichts fruchteten, sei ihm, wenn er nicht sofort zu dem letzten erlaubten Mittel, nämlich zur gewaltsamen Entfernung des Privatklägers schreiten wollte, nichts anderes übrig geblieben, als zu derberen Ausdrücken, insbesondere zu Beleidigungen gegenüber dem Privatkläger zu greifen, um dessen unbefugtem Verweilen in seiner Wohnung ein Ende zu machen; zur Erreichung dieses Zwecks seien die

an sich eine Mißachtungskundgebung darstellenden Ausdrücke zweckdienlich und erforderlich gewesen, wie aus der Art und Stärke des gegen das Hausrecht des Angeklagten gerichteten Angriffs sich ergebe, sie seien auch nicht unnötig verletzend, sondern dem Benehmen des Privatklägers gegenüber angemessen gewesen, so daß auch von Ueberschreitung der Notwehr keine Rede sei.

Diese Ausführungen lassen einen Rechtsirrtum nicht erkennen und die Beschwerde der Revision über Verkennung des Begriffs der Notwehr ist unbegründet. Die Bestimmung des § 53 StGB., wonach eine strafbare Handlung nicht vorliegt, wenn die Handlung durch Notwehr geboten war, umfaßt nicht bloß den gegen die Person oder das Eigentum des andern gerichteten Angriff, sondern jeden Eingriff in die Rechtssphäre des andern, wie z. B. in das Hausrecht oder ausschließliche Benützungsrecht des andern, und ferner schließt der Begriff der Notwehr den Gebrauch beleidigender Ausdrücke an sich sowenig als den Gebrauch einer Waffe aus, vielmehr wird nur vorausgesetzt, daß die gewählte Art der Verteidigung zur Abwehr des gegenwärtigen rechtswidrigen Angriffs an sich erforderlich war und daß sie nur insoweit ausgeübt wurde, als es ihrer zu jener Abwehr bedurfte. Die in dieser Richtung getroffenen Feststellungen des Berufungsgerichts erfüllen die sämtlichen Tatbestandsmerkmale des § 53 StGB., und wenn die Revision geltend macht, daß nach dem vorliegenden Sachverhalt die Verbalinjurien des Angeklagten keinen defensiven, sondern einen bewußt und gewollt aggressiven Charakter trugen, daß das Verhalten des Angeklagten zur Wahrung seines angegriffenen Hausrechts überhaupt nicht geeignet war, sich daher auch nicht als Abwehr eines Angriffs, vielmehr als reiner Racheakt charakterisiere, ferner daß der Vorwurf der Unverschämtheit nicht den Privatkläger treffe und daß der Angeklagte seinen Zweck rascher und sicherer erreicht hätte, wenn er seine Ruhe bewahrt hätte und nicht zu persönlichen Verunglimpfungen übergegangen wäre, endlich daß diese letzteren jeden-

falls eine Ueberschreitung der Notwehr enthalten, — so begibt sie sich auf das dem Revisionsangriff verschlossene Gebiet der Beweiswürdigung und tatsächlichen Feststellungen. Eben diese rechtfertigen die Freisprechung des Angeklagten wegen des ersten von ihm gebrauchten Ausrufs „'naus Sie unverschämter Mensch", da in diesem Moment der Privatkläger trotz der vorausgegangenen wiederholten Aufforderung des Angeklagten, sein Zimmer zu verlassen, in diesem stehen geblieben war und auch noch keine Miene machte, sich zu entfernen. Hiemit ist sein im Augenblick noch fortdauerndes Verweilen im Zimmer des Angeklagten als ein unbefugtes gekennzeichnet, der letztere durfte diesen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff auf sein Hausrecht mit einer den Erfordernissen des § 53 StGB. entsprechenden Verteidigung abwehren und die hiezu gebrauchte beleidigende Kundgebung war, wie der Vorrichter rechtlich einwandfrei feststellte, dazu geeignet und erforderlich, um dem unbefugten weiteren Verweilen des Privatklägers ein Ende zu machen, also weil durch Notwehr geboten, keine strafbare Handlung.

Dagegen begegnet die Annahme des Berufungsgerichts, daß dieselbe Rechtslage auch für den zweiten Zuruf des Angeklagten „'naus unverschämter Patron" zutreffe, einem erheblichen Bedenken. Denn nach der getroffenen Feststellung ging der Privatkläger nach dem erwähnten ersten Zuruf des Angeklagten der Türe zu und äußerte dabei, er gehe u. s. w.; er ist aber dann unter der geöffneten Zimmertüre stehen geblieben, worauf ihn der Angeklagte mit dem Zuruf „'naus unverschämter Patron" zur Türe hinausschob und diese hinter ihm zuschlug. Wie lange dieses Stehenbleiben unter der Türe dauerte, aus welcher Veranlassung und zu welchem Zweck es geschah, — darüber enthält das angefochtene Urteil nichts, sondern es wird in dieser Richtung nur ausgeführt: da der Privatkläger unter der Türe stehen blieb, so hat er tatsächlich aus der Wohnung des Angeklagten sich noch nicht entfernt und sein unbefugtes Verweilen in den Wohnräumen des letzteren demnach sein Ende noch nicht er-

reicht. Diese Ausführung genügt nicht, um die Annahme zu begründen, daß der zuvor vorhandene rechtswidrige Angriff auch bei jenem zweiten Ausruf noch fortgedauert, also noch ein gegenwärtiger und der Hausfriedensbruch in diesem Moment noch nicht beendigt gewesen ist oder seine Fortsetzung etwa noch zu befürchten war bezw. daß eine solche wenigstens vom Angeklagten noch angenommen oder befürchtet wurde. Aber nur auf Grund einer solchen Annahme ist die Unterstellung auch des zweiten Zurufs unter den Schutz des § 53 StGB. gerechtfertigt.

Nun hat der Privatkläger vor diesem 2. Zuruf in Wort und Tat seine Bereitwilligkeit, das Zimmer des Angeklagten aufforderungsgemäß zu verlassen, deutlich kundgegeben und betätigt, er ist an die Türe zurückgelaufen und hat ausdrücklich erklärt, er gehe. Wenn er unter der bereits geöffneten Türe noch stehen blieb, so kann diese Verzögerung der Entfernung, welche bei dem Mangel einer bezüglichen Feststellung bloß ein oder zwei Augenblicke gedauert haben mag, unter Umständen erfolgt sein, welche in keiner Weise das Bewußtsein oder auch nur die äußere Tatsache des unbefugten Verweilens oder einer fortdauernden Auflehnung gegen das Hausrecht des Angeklagten erkennen lassen, vielmehr dies auch für den Angeklagten erkennbar geradezu ausschließen. Das Stehenbleiben unter der Türe kann lediglich momentan, völlig unbeabsichtigt oder ungewollt gewesen, durch Unbeholfenheit im Gehen oder Sichumdrehen, auch durch die wohl unerwartet gekommene Oeffnung der Zimmertüre von außen und drgl. veranlaßt worden sein, zumal wenn richtig ist, was die Revision behauptet, daß der Privatkläger ein ihn am raschen Gehen behinderndes lahmes Bein hat. Wohl hat der in fremdem Zimmer unbefugt Verweilende, der auf die Aufforderung des Berechtigten dieser Folge zu leisten erklärt und tatsächlich gegen die Zimmertüre zurückgeht, während dieses Zurückgehens sich tatsächlich aus dem Zimmer noch nicht entfernt und sein Verweilen darin hat sein Ende noch nicht erreicht, aber er befindet sich im Begriff und Zu-

stand des Sichentfernens und damit der Ausführung der an ihn gerichteten Aufforderung. Während dieser letzteren Betätigung ist sein noch andauerndes Verweilen im fremden Zimmer kein unbefugtes mehr, der das Hausrecht des Zimmerinhabers verletzende Angriff ist beendigt und es ist eine Erneuerung oder Fortsetzung desselben in besonderem, die wiederholte Auflehnung gegen das Hausrecht bekundenden Akt seitens des bereits im Fortgehen Begriffenen erforderlich, um für eine nachfolgende, gegen den letzteren gerichtete Handlung des Wohnungsinhabers die Eigenschaft einer Notwehrhandlung zu begründen. Eine solche Erneuerung oder Fortsetzung ist aber nicht von selbst und ohne weiteres schon mit der vorliegenden Feststellung des Berufungsgerichts gegeben, daß der Privatkläger unter der Türe stehen blieb und damit tatsächlich sich aus der Wohnung des Angeklagten noch nicht entfernte, insofern beim Mangel jeder Angabe über Dauer, Ursache und Zweck des Stehenbleibens, ebenso eine unzweifelhafte Feststellung darüber fehlt, ob das Bewußtsein des unbefugten Verweilens auf Seite des Privatklägers in diesem Moment noch vorhanden war, wie anderseits darüber, ob der Angeklagte hiebei eine Erneuerung oder Fortsetzung des Angriffs auf sein Hausrecht als gegeben angenommen hat. Es liegt sonach eine ungenügende Feststellung vor, welche dem Zweifel Raum gibt, ob das Erfordernis der Abwehr eines gegenwärtigen Angriffs noch gegeben war und ob der Vorrichter nicht etwa von der rechtsirrigen Auffassung ausging, die auf Grund einer Berechtigung in eine fremde Wohnung eintretende und nach Begehung eines Hausfriedensbruchs auf wiederholte Aufforderung sich aus dieser entfernende Person befinde sich unbefugt in der fremden Wohnung auch während der Zeitdauer des Hinausgehens aus derselben.

Hienach kann die angefochtene, auf die Privatklage ergangene Entscheidung nicht aufrecht erhalten werden. Sie beeinflußt unter Umständen aber auch die in der W i d e r k l a g e getroffene Entscheidung, insofern die hier ausgespro-

chene Verurteilung des Widerbeklagten wegen Beleidigung, falls für den zweiten Zuruf des Widerklägers der Schutz des § 53 StGB. in Wegfall käme, das Berufungsgericht nunmehr zur Anwendung der Aufrechnungsbefugnis des § 199 StGB. führen könnte. Dasselbe hat die den Gegenstand der Widerklage bildende Aeußerung des Privatklägers „ich gehe, aber Sie müssen mir das auf eine anständige Art sagen", dahin ausgelegt, daß der Privatkläger dem Angeklagten damit den Vorwurf machen wollte, dieser habe sich ihm gegenüber unanständig benommen. Ob diese Auslegung tatsächlich zutreffend ist, kann in der Revisionsinstanz nicht nachgeprüft werden; sie steht für sie unanfechtbar fest und vermag im Zusammenhalt mit der weiteren tatsächlichen Feststellung, daß dieser Vorwurf nicht erweislich wahr und geeignet sei, die Ehre des Angeklagten zu verletzen, sowie daß der Privatkläger sich dieses Umstands und der Rechtswidrigkeit seiner Kundgebung bewußt war, an sich die Annahme einer strafbaren Beleidigung ohne ersichtlichen Rechtsirrtum zu begründen. Nun hat der Privatkläger aber für diese Aeußerung den Schutz des § 193 StGB. in Anspruch genommen und dieser Schutz wurde ihm mit der Begründung versagt, daß der Privatkläger mit der fraglichen Aeußerung gegenüber dem ihm gegenüber in berechtigter Notwehr befindlichen Angeklagten *berechtigte Interessen* d. h. Interessen, deren Wahrnehmung rechtlich erlaubt sei, *gar nicht habe wahrnehmen können*. Dieser Satz ist in seiner Allgemeinheit nicht richtig und legt die Annahme einer Verkennung des Rechtsbegriffs der Wahrung berechtigter Interessen nahe. Wenn auch gegenüber einer als Gegenangriff sich darstellenden Ausübung der Notwehr von Seite des andern Teils die Geltendmachung von Notwehr ausgeschlossen ist, so sind doch recht wohl Fälle denkbar, in denen dieser andere Teil ein unmittelbares und nach der ganzen Sachlage wohl begründetes Interesse haben kann, gegen die Art und Weise jenes Gegenangriffs sich zu verwahren und sie seiner Auffassung entsprechend zu kennzeich-

nen. Solchenfalls handelt er in Wahrnehmung eines Interesses, welches zwar nicht durch positive Rechtsnorm anerkannt ist, aber doch vom Standpunkt verständiger billiger Beurteilung der Verhältnisse und Anforderungen des Lebens gerechtfertigt erscheint und sonach als ein berechtigtes im Sinn des § 193 gelten kann (Bülow im Gerichtssaal Bd. 46 S. 279, Entsch. RG. Bd. 26 S. 76). Wenn nun der Vorrichter auch ausgesprochen hat, der Widerbeklagte sei sich der Rechtswidrigkeit seiner Kundgebung bewußt gewesen, so ist nach dem Ausgeführten doch nicht ausgeschlossen, daß diese letztere Feststellung durch die erwähnte rechtsirrtümliche Auffassung beeinflußt war, so daß die Entscheidung in der Widerklage — ganz abgesehen von der Frage der Anwendung des § 199 StGB. — auch in dieser Richtung nicht aufrecht erhalten werden kann.

Demgemäß war das angefochtene Urteil in seinem ganzen Umfang mit den sämtlichen in Vor- und Widerklage ihm zu Grunde liegenden Feststellungen aufzuheben.

Urteil des Strafsenats vom 26. April 1905 in Sachen O. St. gegen Dr. H. wegen Beleidigung.

16.

1) Verhältnis des Art. 28 a PolStG. zum Reichsgesetz betr. den unlauteren Wettbewerb.

2) Zur Auslegung des § 20 des Preßgesetzes.

Der Angeklagte hat gegen das seine Verurteilung wegen Uebertretung gegen Art. 28 a PolStGB. bestätigende Berufungsurteil die Revision eingelegt und diese auf Verletzung des materiellen Strafgesetzes gestützt. Die Rüge ist nicht begründet.

In der auf Grund des § 367 Ziff. 5 RStGB. und Art. 28 a, 51 des Landespolizeistrafgesetzes erlassenen Verfügung des Ministeriums des Innern vom 4. November 1903 betr. den Verkehr mit Geheimmitteln und ähnlichen Arzneimitteln ist in § 4 die öffentliche Ankündigung oder Anprei-

sung der in den zwei Beilagen A und B aufgeführten Mittel verboten und in der beigegebenen Anlage A ist unter Ziff. 49 aufgeführt „Kräuterwein Ullrichs (auch Hubert Ullrichscher Kräuterwein)". Nach den tatsächlichen Feststellungen des Berufungsgerichts ist in der vom Angeklagten herausgegebenen und redigierten Zeitung eine Anzeige betr. den Hubert Ullrichschen Kräuterwein zur Aufnahme gelangt. In derselben wird es „unlauterer Wettbewerb" genannt, wenn dem Publikum statt des vorbezeichneten echten Kräuterweins Nachahmungsprodukte ähnlichen Namens mit dem Hinweis auf ein angebliches Verbot des Apothekenverkaufs des ersteren angepriesen werden, sodann werden Ausstreuungen in dieser Richtung seitens der Konkurrenz für unwahr erklärt mit der Bitte, deren Urheber zwecks gerichtlicher Verfolgung namhaft zu machen, weiterhin die Erklärung abgegeben, daß der Hubert Ullrichsche Kräuterwein — „ein altbewährtes bei Erkrankungen . . . erprobtes Spezifikum und Hausmittel" — nach wie vor in den Apotheken zum Verkauf gebracht werde, wobei mit der Einschaltung „kein Geheimmittel" die Bestandteile im einzelnen, ferner der Preis der Flaschen sowie die Bezugsquellen aufgeführt werden, endlich am Schluß angefügt ist „das Publikum sei vor Nachahmungen gewarnt und verlange in den Apotheken ausdrücklich den echten Hubert Ullrichschen Kräuterwein". Wegen Aufnahme dieser dem Angeklagten von einem Dr. E. in L. übersandten Anzeige ist der erstere auf Grund des Art. 28 a PolStG. sowie der oben zitierten Ministerialverfügung und des § 20 Abs. 2 des Reichspreßgesetzes in beiden Vorinstanzen zu einer Geldstrafe verurteilt worden unter der Feststellung, daß der Angeklagte vorsätzlich den genannten Kräuterwein öffentlich angekündigt und angepriesen habe, ferner daß dieser Kräuterwein nicht gesundheitsschädlich sei und auch von der die Verfügung erlassenden Verwaltungsbehörde nicht als gesundheitsschädlich betrachtet worden, das fragliche Anpreisungsverbot vielmehr als eine zum Schutz des Publikums gegen schwindelhafte Ausbeutung erlassene Vorschrift aufzufassen sei.

Auf Grund dieser letzteren Feststellung wird von der Revision die ausgesprochene Verurteilung als auf einer Gesetzesverletzung beruhend bekämpft mit der Behauptung, daß der Art. 28 a PolStG. insoweit er sich auf den „Schutz gegen schwindelhafte Ausbeutung des Publikums" beziehe, der Rechtsgültigkeit im Hinblick auf § 4 des Reichsgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb vom 27. Mai 1896 entbehre. Dieser auch von Beling württb. Strafgesetzgebung S. 31, jedoch ohne nähere Begründung, vertretenen Ansicht kann nicht beigetreten werden. Was zunächst die Zweckbestimmung und das Verhältnis des vorerwähnten Reichsgesetzes zu anderen Gesetzen anbelangt, so lehrt seine Entstehungsgeschichte, daß alle seine Verbote gleichmäßig den Zweck verfolgen zu verhindern, daß die Erwerbstätigkeit des einen vor der konkurrierenden des andern durch unlautere Mittel den Vorrang erreicht, daß also nicht der Schutz des konsumierenden Publikums gegen Uebervorteilung der unmittelbare Zweck des Gesetzes ist, sondern vielmehr der Schutz des redlichen Gewerbtreibenden gegen den unredlichen Mitbewerber und gegen alle die Nachteile, die ersterem durch Schwindelreklame zugefügt werden können; es ist ein Gesetz zum Schutz des Handels- und Gewerbestandes, vgl. Finger Komm. Einl. S. 11, Pinner Komm. S. 3, 9, Entsch. RG. Strafs. Bd. 33 S. 8, Bd. 35 S. 236. Ferner hat dieses Reichsgesetz, wie in Theorie und Rechtsprechung kaum mehr bestritten ist, eine abschließende Regelung der ganzen Materie des unlauteren Wettbewerbs nicht gegeben und auch nicht geben wollen, vielmehr nur gewisse einzelne, für das geschäftliche Gebahren besonders bedeutsame Erscheinungsformen des unlauteren Wettbewerbs geregelt und selbst innerhalb dieser Erscheinungsformen ist noch bestritten, ob sein Schutz ein ausschließlicher ist und ob nicht z. B. ergänzend die Bestimmungen des BGB. zur Seite treten vgl. Komm. Pinner S. 6—9, Finger S. 7—11, Hauß S. 34, Bachem und Rören S. 65, Fuld S. 37, Kunreuther S. 15, Lobe S. 28, Stenglein Nebengef. Aufl. 3 S. 942, Entsch. RG.

in Civ. Bd. 48 S. 119. Jedenfalls ist bei der kasuistischen Behandlungsweise dieses Spezialgesetzes davon auszugehen, daß durch dasselbe die fragliche Materie nicht abschließend und ausschließlich geregelt und was außerhalb der darin festbegrenzten Tatbestände liegt, für die Anwendung der sonst geltenden allgemeinen Rechtsvorschriften, des bürgerlichen Rechts wie des Strafrechts sowie auch von Spezialstrafgesetzen frei gegeben ist.

Außerhalb des Rahmens dieses Reichsgesetzes und speziell seines § 4, welcher lediglich die strafrechtliche Ahndung der unlauteren Reklame zum Gegenstand hat und nach der subjektiven Seite die Tatbestandsmerkmale des Vergehens erheblich anders gestaltet als der die zivilrechtliche Haftbarkeit regelnde § 1, liegt der Art. 28 a Pol.StG. nach Inhalt und Zweckbestimmung. Durch ihn wird die Zuwiderhandlung gegen die zum Schutz von Leben und Gesundheit und gegen schwindelhafte Ausbeutung des Publikums erlassenen polizeilichen Vorschriften über die öffentliche Ankündigung von Geheimmitteln und anderen ihnen gleichgestellten Zubereitungen unter Strafe gestellt, also den zu einer wirksamen Bekämpfung des Geheimmittelunwesens im Interesse der öffentlichen Gesundheitspflege und des allgemeinen Schutzes des Publikums ergangenen Polizeiverordnungen für die Zwecke der Strafverfolgung eine gesetzliche Unterlage geschaffen. Die Entstehungsgeschichte dieser landespolizeilichen Strafbestimmung zeigt nun aber deutlich, daß die Strafbestimmung nur veranlaßt wurde, weil die durch die kaiserliche Verordnung vom 27. Mai 1890 in Verbindung mit § 367 Z. 3, 5 RStGB. geschaffene Möglichkeit, den Geheimmittelhandel in seinem überwiegenden Teil auf die Apotheken zu beschränken und bestimmten Vorschriften wie auch einem Verkaufsverbot in Apotheken zu unterwerfen, gegenüber den im Gebiet des Geheimmittelwesens hervorgetretenen schweren Mißständen sich als unzulänglich erwiesen hatte und von Reichswegen deshalb den Einzelstaaten empfohlen worden war, bis zu einer gesetzlichen Regelung anläßlich einer Revision des RStGB.

die Erlassung eines Verbots jeder öffentlichen Ankündigung solcher Mittel im Wege der Polizeiverordnung vorzukehren. In diesem Sinn und ausgesprochenermaßen lediglich zum Zweck der Erlassung eines solchen Verbots ist der Art. 28 a in der Polizeistrafgesetznovelle vom 4. Juli 1898 geschaffen und im Zusammenhang damit das bezügliche polizeiliche Verbot sofort verfügt worden, wie auch in anderen Bundesstaaten, so in Baden, Sachsen, Braunschweig u. s. w. schon zuvor das Polizeistrafrecht in diesem Teil durch Erlaß von Verboten wider die öffentliche Ankündigung von Geheimmitteln und zwar sowohl im Hinblick auf die Gesundheitsgefährdung als die schwindelhafte, die Leichtgläubigkeit des Publikums ausbeutende Vertriebsart ergänzt wurde, vgl. Verh. Abg.K. 1896/8, Beil. 131, S. 298, Beil. 224, S. 492, Prot. S. 3564, 5205, 5207. Daß die Erlassung solcher landesrechtlicher Verbote soweit sie zum Schutz gegen Gesundheitsgefährdung oder schwindelhafte Ausbeutung des Publikums die öffentliche Ankündigung und Anpreisung von Geheimmitteln oder diesen gleichgestellten Stoffen und Zubereitungen untersagen, vom Standpunkt des Reichsrechts zulässig ist, gilt als anerkanntes Recht, vgl. Schicker GewO. § 6, N. 15, 19, Landmann a. a. O., N. 18, 19, Olshausen § 367, Z. 3, S. 1383, Aufl. V und wird durch die Rechtsprechung der deutschen Gerichte täglich bestätigt, wie auch die sämtlichen vom Angeklagten in der Berufungsinstanz zu anderem Zweck vorgelegten Urteile vom Jahre 1904 ausweisen.

Die Uebertretung eines von der Landespolizeibehörde zum Schutz des Publikums gegen schwindelhafte Ausbeutung erlassenen Verbots der öffentlichen Ankündigung von Geheimmitteln 2c. ist aber auch in der Sache verschieden von der öffentlichen Bekanntgebung wissentlich unwahrer und zur Irreführung geeigneter Angaben tatsächlicher Art über die Beschaffenheit, Herstellungsart von Waren u. s. w. in der Absicht, den Anschein eines besonders günstigen Angebots zum Nachteil von andern Mitbewerbern hervorzurufen, wenn

auch zuzugeben ist, daß durch die Strafdrohung gegen unlautere Reklame der letzteren Art indirekt auch das konsumierende Publikum geschützt wird. Hienach sind nach der objektiven wie nach der subjektiven Seite die Tatbestandsmerkmale verschieden. Das eine Strafgesetz ist zum Schutz der Allgemeinheit des Publikums, das andere zum Schutz eines beschränkten Personenkreises bestimmt.

Ein zweiter Verstoß gegen das Strafgesetz, insbesondere gegen Art. 28 a PolStG. wird von der Revision darin gesehen, daß das Berufungsurteil aus der unter Anklage stehenden Anzeige, insbesondere der Benützung des Wortes „verlange" sowie der Angabe des Preises und der Verkaufsstellen auf das Vorliegen einer Ankündigung und Anpreisung schließe. Mit diesem Angriff begibt sich die Revision auf das ihr verschlossene und ausschließlich dem Tatrichter vorbehaltene Gebiet der Beweiswürdigung und tatsächlichen Feststellung. In dem angefochtenen Urteil wird das Schutzvorbringen der Verteidigung, daß die fragliche Anzeige in der Zeitung lediglich eine Warnung des Publikums vor unlauterem Wettbewerb enthalte und hiefür hauptsächlich die Anpreisung des Kräuterweins Salus als eines Nachahmungsprodukts des Ullrichschen Kräuterweins in Betracht komme, mit dem Hinweis auf den Inhalt der Inserate über die beiden Mittel und speziell auf die Fassung der unter Anklage gestellten Anzeige als widerlegt erachtet und ausgesprochen, daß das Gericht aus diesem Beweismaterial die Ueberzeugung gewonnen habe, daß mit dem Inserat nicht der Schutz gegen unlauteren Wettbewerb sondern lediglich die Ankündigung und Anpreisung des Hubert Ullrichschen Kräuterweins unter Umgehung des Verbots bezweckt, sowie daß der Kampf gegen unlauteren Wettbewerb nur als Vorwand und Deckmantel benützt sei, um entgegen dem Verbot nach wie vor den Hubert Ullrichschen Kräuterwein ungestraft öffentlich ankündigen zu können. Inwiefern diese lediglich auf dem Gebiet des Tatsächlichen sich bewegende Feststellung das Strafgesetz und speziell die Bestimmung des Art. 28 a

PolStG. verletzen soll, ist nicht erfindlich, das vom Vorrichter so gefundene Beweisergebnis ist für die Revisionsinstanz bindend.

Endlich rügt die Revision eine Verkennung des § 20 des Preßgesetzes. In dieser Richtung wird vom Berufungsgericht ausgeführt: dieser § begründe gegen den Redakteur einer periodischen Zeitschrift die Vermutung, daß er bei der Veröffentlichuug seinen Pflichten als Redakteur nachgekommen sei, daß er die Veröffentlichung mit Kenntnis und Verständnis des Inhalts gewollt und in diesem Sinn vorsätzlich verursacht habe; zwar könne diese Vermutung widerlegt werden, hiezu sei aber erforderlich, daß der Richter die bestimmte, die gesetzliche Vermutung aufhebende Ueberzeugung gewonnen habe, ein bloßes non liquet reiche dazu nicht aus. Diese Ausführung entspricht durchweg der Vorschrift des zit. Gesetzes, wouach der Redakteur als Täter zu bestrafen ist, wenn nicht durch besondere Umstände die Annahme seiner Täterschaft ausgeschlossen wird, und sie entspricht weiterhin der vom Reichsgericht vertretenen Auslegung, derzufolge der Redakteur die gesetzliche Vermutung der mit seinem Wissen und Willen, mit Kenntnis und Verständnis des Inhalts geschehenen Veröffentlichung der ganzen von ihm als Redakteur gezeichneten Druckschrift insolange gegen sich hat, bis diese Vermutung durch besondere Umstände als ausnahmsweise im Einzelfalle nicht zutreffend erklärt wird, und wobei der Strafrichter unbedingt der Beweisvermutung insolange ihre gesetzliche Wirkung zuzuerkennen hat, bis sie durch die entgegenstehende Tatsache positiv aufgehoben wird, Entsch. Ver. Straff. in Bd. 22, S. 65 ff. Nun wird im Berufungsurteil der vom Ang. gemachte Versuch der Widerlegung dieser Vermutung als mißlungen erklärt und als festgestellt angenommen, daß der Angeklagte die Anzeige, deren Inhalt er zugestandenermaßen gekannt, vorsätzlich in sein Blatt hat aufnehmen lassen, sowie daß er wohl erkannt hat, daß die Anzeige eine Ankündigung und Anpreisung des Hubert Ullrichschen Kräuterweins enthalte. Diese Feststellung rechtfer-

tigte bedenkenfrei die Anwendung der als verletzt gerügten Vorschrift auf den Angeklagten. Demgegenüber bezeichnet die Revision die Annahme des Berufungsgerichts, daß der für die Nichtschuld des Angeklagten mit dem Zeugnis des Dr. E. in L. angetretene Beweis weder für sich allein noch in Verbindung mit den Aussagen des vernommenen Zeugen K. zur Widerlegung der gesetzlichen Präsumtion geeignet wäre, als eine rechtsirrtümliche und die Ablehnung des gestellten Beweisantrags als dem Gesetz widersprechend. Diese Ablehnung wird vom Vorrichter mit dem Hinweis begründet, daß der Zeuge Dr. E. am Ausgang des Prozesses beteiligt sei und wegen Verdachts der Teilnahme nur unbeeidigt vernommen werden könnte, daß hienach die Ueberzeugung des Gerichts von der Richtigkeit des diesfallsigen Schutzvorbringens zumal im Hinblick auf das bezügliche Verhalten des Angeklagten nicht begründet werden könnte. Allein hinsichtlich der Widerlegung der vom Gesetz aufgestellten Vermutung greifen, als gegenüber einer bloßen Beweispräsumtion, die strafprozessualen Grundsätze der freien Beweiswürdigung Platz und die angeführte Revisionsbeschwerde stellt sich überdies in Wirklichkeit als die Rüge der Verletzung von Rechtsnormen über das Verfahren dar, nämlich der Verletzung der über Beweisaufnahme und Ablehnung von Beweisanträgen in §§ 243, 244 ff. StPO. gegebenen Vorschriften, und ist somit gegenüber einem in der Berufungsinstanz erlassenen landgerichtlichen Urteil gemäß § 380 StPO. nicht statthaft. Im übrigen richtet sich der Revisionsangriff gegen die bezügliche Beweiswürdigung des Vorrichters und die Revisionsprüfung ist machtlos gegenüber einer derartigen tatsächlichen Feststellung, welche ohne ersichtlichen materiellrechtlichen Irrtum den vom Gesetz geforderten Gegenbeweis nicht für geführt erklärt.

Urteil d. Strafsen. v. 26. April 1905 in der Strafsache gegen J. G. H. wegen Uebertretung gegen Art. 28 a PolStG.

17.

Sind Ehegatten aus § 288 StGB. strafbar, wenn bei drohender Zwangsvollstreckung die Ehefrau die auf ihren Namen sowie die auf den Namen eines Kindes eingetragenen Sparkasseneinlagen auf den Namen des Ehemannes umschreiben ließ?

Die Ehegatten F. und Chr. S. hatten ein in N. angekauftes, auf den Namen der Frau und vier minderjährigen Kinder eingetragenes Haus an die Eheleute W. und S. B. verkauft, letztere später einen Vollstreckungtitel aus einer Forderung von 91 Mk. wegen des Hauskaufs gegen die Frau und Kinder erworben, worauf die Ehefrau Chr. S. in Kenntnis der bevorstehenden Pfändung die bei der Sparkasse in St. aus den empfangenen Kaufschillingsgeldern auf ihren und den Namen einer Tochter gemachten Einlagen von 2000 Mk. und 1000 Mk. auf den Namen ihres Ehemannes F. S. umschreiben bezw. diesen an ihrer Stelle als verfügungsberechtigt über die Sparkasseneinlage der Tochter eintragen ließ. Wegen dieser Umschreibungen und der darin geschehenen Vereitelung der Zwangsvollstreckung wurde auf Antrag der Gläubiger B. gegen die S'schen Eheleute wegen Vergehens im Sinn des § 288 StGB. Anklage erhoben, das Berufungsgericht erkannte jedoch auf Freisprechung beider Angeklagten. Hiebei wurde zwar angenommen, daß die Umschreibungen auf Veranlassung des Ehemanns und in der übereinstimmenden Absicht beider Teile erfolgten, das bei der Sparkasse angelegte Vermögen dem Zugriff der Gläubiger B. zu entziehen, ferner daß beide Angeklagte des Bevorstehens von weiteren Zwangsvollstreckungsakten seitens dieser Gläubiger sich bewußt waren, und daß abgesehen von den fraglichen Sparkasseneinlagen die Ehefrau sowie die Kinder kein Vermögen besaßen, andererseits ist aber davon ausgegangen, daß die auf den Namen der angeklagten Ehefrau und deren Tochter lautenden Forderungen an die Sparkasse materiell Bestandteile des Errungenschaftsvermögens der S.'schen Eheleute gewesen seien,

und eine Zwangsvollstreckung der Gläubiger B. gegen die Ehefrau S. in diese Vermögensstücke materiell jederzeit an dem Widerspruch des zur Duldung der Vollstreckung nicht geneigten Ehemanns auf Grund seines Verwaltungs- und Nießbrauchrechts und beim Mangel eines gegen ihn auf solche Duldung gerichteten Vollstreckungstitels gescheitert wäre, und zwar gleichgiltig, ob die Schuld der Ehefrau als eine Privativschuld oder als eine die Errungenschaft belastende Sozialschuld angesehen werde. Bei dieser Beurteilung der Sachlage wurde, trotzdem die von der Ehefrau bewirkte Forderungsumschreibung als ein vertragsmäßiger Verzicht derselben auf ihre ideellen Anteilsrechte an die zur Errungenschaft gehörigen Forderungen zu Gunsten ihres Ehemannes aufgefaßt wurde, eine Veräußerung von, für eine rechtlich wirksame Zwangsvollstreckung geeigneten Vermögensteilen hiemit nicht als gegeben und der Tatbestand des § 288 StGB. als ausgeschlossen erachtet. Die hiegegen eingelegte Revision der Staatsanwaltschaft wurde verworfen.

Aus den

Gründen.

Die Revision rügt materielle Verletzung der genannten Strafbestimmung mit der Behauptung, daß die die Freisprechung der Angeklagten begründenden Ausführungen des Berufungsgerichts von Rechtsirrtum beeinflußt erscheinen.

Diese Rüge wird zunächst gegenüber der grundlegenden rechtlichen Feststellung erhoben, daß die Forderungen der Frau und Tochter bei der Sparkasse zur Zeit der Uebertragung auf den Ehemann materiell Errungenschaftsobjekte gewesen seien. Diese Feststellung ist vom Vorrichter darauf gestützt, daß zur Bezahlung des im Jahr 1900 in N. angekauften Hauses mindestens zu $^7/_8$ Sondergutsmittel des Ehemanns und Errungenschaftsmittel verwendet worden sein, und dieses Haus dadurch als Errungenschaftsgut nach der Vorschrift des Württ. Landrechts zu gelten hatte, eine hievon abweichende Vereinbarung auch nicht in der Eintragung des Hauses auf den Namen von Frau und Kinder gelegen sei, insofern diese

wie festgestellt nur geschehen sei, um das Haus vor dem Zugriff eines damaligen Gläubigers P. wegen einer Bürgschaftsverbindlichkeit des angeklagten Ehemannes sicher zu stellen; daß vielmehr die S.'schen Eheleute das Haus als Errungenschaftsgut erworben und solches weiter veräußert haben, der Erlös also — und aus diesem erfolgten hernach die Einlagen bei der Sparkasse — Errungenschaftsvermögen geworden sei. Diese Ausführungen lassen an sich einen Rechtsirrtum nicht erkennen, sie begründen aber nicht die vom Berufungsgericht daraus gezogene Folgerung, daß die von der Ehefrau bei der Sparkasse gemachten Einlagen, solange sie auf ihren Namen und auf den der Tochter eingetragen waren, Forderungen und als solche auch Bestandteile des Errungenschaftsvermögens der Ehegatten gewesen sind. Vielmehr waren diese Geldeinlagen, solange sie bei der Sparkasse in der genannten Weise eingetragen blieben, nur Forderungen der Ehefrau und der Tochter gegen die betreffende Sparkasse und eben durch die Hinterlegung sowie Eintragung auf ihren Namen als Bestandteile ihres Vermögens gekennzeichnet; das durch diese Eintragung auf Namen bekundete vertragsmäßige Forderungsverhältnis bestand immer nur zwischen der Frau bezw. Tochter einerseits und der Sparkasse anderseits, und der Ehemann oder Vater konnte forderungsberechtigter Gläubiger der Sparkasse erst durch die Umschreibung, näherhin durch die darin gelegene Uebertragung der Einlagen auf ihn werden. Hievon unabhängig besteht die andere Frage, wem die bei der Sparkasse durch die Ehefrau in der angeführten Weise eingezahlten Geldbeträge nach dem bestehenden ehelichen Güterverhältnis gehört hatten; diese Frage ist ohne Bedeutung für die Entscheidung der hier zunächst interessierenden Frage, zu wessen Vermögen die Forderungen gegen die Sparkasse gehörten, denn die Begründung eines Forderungsrechts für eine bestimmte Person hängt nicht davon ab, ob fremde oder eigene Geldmittel dieser Person zum Erwerb der Forderung verwendet wurden.

Die Zugehörigkeit der Forderungen gegen die Sparkasse zum Vermögen der Ehefrau — von den auf den Namen der Tochter gestellten Einlagen zunächst abgesehen — begründet an sich deren rechtliche Eigenschaft als sog. Sondergut der Ehefrau, wobei falls dieses Sondergut aus Mitteln der Errungenschaft entstanden war, der letzteren ein entsprechender Ersatzanspruch zustand. Die Eigenschaft als Sondergut hatte aber nicht zur Folge, daß diese Forderungen ohne weiteres sich als ein dem Zugriff der Gläubiger B. zugängliches Objekt für eine gegen die Ehefrau gerichtete Zwangsvollstreckung darboten. Dem nach dem im vorliegenden Fall gemäß Art. 200 EG.z.BGB. anzuwendenden württ. Landrecht steht dem Ehemann das Verwaltungsrecht am Sondergut der Ehefrau zu, und kann eine Zwangsvollstreckung in dasselbe, solange das ehemännliche Verwaltungsrecht dauert, mit rechtlicher Wirksamkeit zu Gunsten eines Gläubigers der Ehefrau nicht bezw. nur dann erfolgen, wenn der Gläubiger einen vollstreckbaren Titel zugleich gegen den Ehemann erwirkt hat. Die letztere Voraussetzung trifft seitens der Gläubiger B. nach der Feststellung des Berufungsgerichts nicht zu; auch die rechtsirrige Auffassung des letzteren, wonach die Forderungen gegen die Sparkasse selbst und nicht bloß die zu deren Begründung verwendeten Geldmittel einen unmittelbaren Bestandteil des Errungenschaftsvermögens bilden, vermag hier im entscheidenden Teil eine abändernde Wirkung nicht zu begründen. Denn eine Befriedigung aus Vermögensstücken der Errungenschaft wäre nur unter derselben Voraussetzung rechtlich zulässig und erreichbar, nämlich falls ein gegen den Ehemann ergangenes Urteil vorläge. Dies ist vom Vorrichter nicht verkannt, vielmehr ausgesprochen, daß der Versuch der Zwangsvollstreckung in die zum Errungenschaftsvermögen gehörigen Forderungen jederzeit am Widerspruch des eine Vollstreckung nicht duldenden Ehemanns auf Grund seines Verwaltungs- und Nießbrauchsrechts gescheitert wäre.

Anders läge die Sache nur, wenn die Forderungen der

Ehefrau gegen die Sparkasse als ein Vorbehaltsgut der Ehefrau aufgefaßt würden, da ein solches ihrer eigenen freien Verwendung und Verwaltung untersteht, auch ein dem Zugriff ihrer Gläubiger, unbeschränkt durch ehemännliche Rechte, offenstehendes Befriedigungsmittel darbietet. Diese Auffassung macht sich auch die Revision zu eigen, allein ihr mangelt die erforderliche tatsächliche Unterlage, insofern die nicht auf rechtlichem Gebiet liegenden und insoweit für das Revisionsgericht bindenden Beweisannahmen des Vorrichters gegen die Annahme eines Vorbehaltsgut sprechen. Nach denselben haben die angeklagten Eheleute bei Eintragung des Hauses in N. auf den Namen von Frau und Kinder keinerlei Rechtsverschiebung bezüglich ihres durch den Hausbesitz dargestellten Gesamtvermögens gewollt und später bei der Ein- und Umschreibung der Sparkasseneinlagen im gegenseitigen Einverständnis bloß zu ihrer Sicherung gegen die Gläubiger B. in derselben Weise wie früher zum Nachteil des Regreßgläubigers P. gehandelt. Auch sonst ist vom Vorrichter keinerlei Feststellung getroffen, welche auf das Bestehen der für die Annahme eines Vorbehaltsguts erforderlichen Willenseinigung der Eheleute hindeuten würde, wohl aber ist die gegenteilige Auffassung aus der Gesamtheit der getroffenen Feststellungen unschwer zu entnehmen.

Bei solcher Sach- und Rechtslage ist zutreffend hinsichtlich der auf den Namen der Ehefrau gestellten Forderungen gegen die Sparkasse in deren Umschreibung auf den Namen des Ehemannes der Tatbestand des § 288 StGB. nicht als erfüllt angesehen worden, trotzdem zur Zeit dieser Umschreibung wie festgestelll ist, die Zwangsvollstreckung drohte und als drohende den Angeklagten bekannt war, auch die Umschreibung in der Absicht geschah, die Befriedigung der Gläubiger B. zu vereiteln. Wohl lag in dieser Umschreibung ein Verzicht der Ehefrau auf ihr Forderungsrecht gegen die Sparkasse sowie die vertragsmäßige Uebertragung dieses Rechts auf ihren Ehemann oder nach der rechtlichen Feststellung des Berufungsgerichts ihr Verzicht auf

das an den Einlagen als Errungenschaftsvermögen zustehende hälftige Anteilsrecht und damit in jedem Falle eine Veräußerung von Bestandteilen ihres Vermögens. Allein der § 288 setzt nach Wortlaut und gesetzgeberischer Absicht, wie in der Rechtsprechung anerkannt, voraus, daß das vom Schuldner veräußerte Vermögensstück für die konkrete Zwangsvollstreckung an und für sich geeignet und verwendbar war, daß die Zwangsvollstreckung in dasselbe zu Gunsten des Gläubigers mit rechtlicher Wirksamkeit erfolgen konnte, und wenn vollzogen, auf erhobenen Einspruch des Berechtigten nach den einschlägigen Grundsätzen des Civilrechts nicht als materiell rechtlich unzulässig und unwirksam wieder aufgehoben werden müßte. Eben diese Eigenschaft besaß aber das von der angeklagten Ehefrau veräußerte Vermögensstück soweit die auf ihren Namen lautenden Sparkasseneinlagen in Betracht kommen, nach dem oben Ausgeführten nicht, der Gläubiger der Ehefrau konnte seine Befriedigung aus diesem Vermögensstück im Weg der Zwangsvollstreckung nicht finden, da das Verwaltungsrecht des Ehemannes als ein die Veräußerung hinderndes Recht entgegenstand.

Wesentlich anders verhält es sich in diesem Teil hinsichtlich der auf den Namen der minderjährigen Tochter gestellten Sparkasseneinlagen. Diese bilden nach dem Ausgeführten einen Bestandteil des Vermögens dieser Tochter und nur sie war die Trägerin des Forderungsrechts gegenüber der Kasse. Nach dem BGB. — und dessen Vorschriften kommen für das Rechtsverhältnis zwischen Eltern und Kindern, speziell für die Rechte der Eltern an Kindsvermögen nach Art. 203 EG.z.BGB. zur Anwendung — steht zwar dem Vater kraft der elterlichen Gewalt die Nutznießung an dem Vermögen des Kindes zu, § 1649, allein die Gläubiger des Kindes können ohne Rücksicht auf die elterliche Nutznießung Befriedigung aus dem Vermögen des Kindes verlangen, § 1659, und dementsprechend ist zur Zwangsvollstreckung in das der elterlichen Nutznießung unterstehende Kindsvermögen in 746 CPO. ein gegen das Kind

ergangenes Urteil für genügend erklärt, so daß die nach § 1659 BGB. materiell-rechtliche Pflicht des Vaters zur Duldung der Zwangsvollstreckung auch zu einer prozessualisch wirksamen gemacht ist. Allein die Strafbarkeit der angeklagten Eheleute aus § 288 StGB. entfällt hier schon wegen der Zugehörigkeit dieser Sparkasseneinlagen zum Kindsvermögen und an letzterer wird auch dadurch nichts geändert, daß wie schon angeführt, zunächst die Mutter und hernach der Vater als der verfügungsberechtigte Elternteil hinsichtlich dieser Einlagen eingetragen war, da hiemit nur ein freies Verwaltungs- und Dispositionsrecht der Eltern über das ihnen nicht gehörige Kindsvermögen geschaffen wurde und der rechtliche Bestand des Forderungsrechts selbst unberührt blieb, insolange von dieser Dispositionsbefugnis kein Gebrauch gemacht wurde. Bildeten hienach diese Sparkasseneinlagen einen Vermögensbestandteil der Tochter und nach der Feststellung des Berufungsgerichts blieben sie auf den Namen derselben nach wie vor ausgestellt, so ermanglt eben das Tatbestandsmerkmal des Beiseiteschaffens von Bestandteilen des eigenen Vermögens des mit der Zwangsvollstreckung bedrohten Schuldners („wer . . . Bestandteile *seines* Vermögens veräußert . .“). Der Wortlaut der Strafvorschrift des § 288 trifft sonach in diesem Teil die angeklagten Eheleute nicht, da insoweit nicht Bestandteile ihres Vermögens sondern des Kindsvermögens in Frage kommen, und es sich in diesem Teil um eine nicht ihnen, sondern der Tochter drohende Zwangsvollstreckung handelte, gegen diese Tochter aber eine Anklage nicht erhoben ist. Gleichgiltig ist hiebei, daß die drohende Zwangsvollstreckung auch gegen die angeklagte Mutter bezw. Ehefrau sich richtete, sowie daß der mitangeklagte Ehemann als gesetzlicher Vertreter der Tochter handelte, da auf strafrechtlichem Gebiet der Vertreter des Schuldners nicht als der Schuldner für seine Person gelten kann, und die benachteiligende Verfügung der Ehefrau in diesen Teil nicht ihr eigenes Vermögen betraf.

Hienach muß das freisprechende Urteil des Vorrichters

aufrecht erhalten werden trotz der darin enthaltenen Verwechslung des Forderungsrechts der Ehefrau und Tochter gegen die Sparkasse mit den zur Begründung dieser Forderungsrechte gebrauchten Geldmitteln und ebensowenig schadet eine etwaige von der Revision weiterhin behauptete Verkennung der materiell-rechtlichen Duldungspflicht des am Kindsvermögen nutzungsberechtigten Vaters. Verfehlt ist endlich der weitere Angriff der Revision, daß falls gegen den Ehemann noch ein Urteil auf Duldung der Zwangsvollstreckung erforderlich gewesen sein sollte, nicht auch ihm gegenüber die Vollstreckung als eine drohende erachtet wurde. Denn ob eine Zwangsvollstreckung für jemand als eine drohende anzusehen ist, bildet im wesentlichen eine nach den konkreten Umständen zu beurteilende Tatfrage und diese ist vorliegend ohne ersichtlichen Rechtsirrtum in verneinendem Sinn auf Grund der tatsächlichen Erwägung entschieden worden, daß eine Beweisgrundlage dafür ermangle, ob die Strafkläger überhaupt den Willen zur nachträglichen Einklagung des Ehemanns hatten und ob eine solche Einklagung auch nur Aussicht auf Erfolg gehabt hätte.

Urteil des Strafsenats vom 21. März 1904 gegen Fr. S. u. Gen. wegen Vergehens gegen § 288 StGB.

18.

Hat die Steuerbehörde die Anbringung der Revisionsanträge durch einen Rechtsanwalt unterzeichnen zu lassen?

Diese Frage ist vom Strafsenat aus Anlaß eines Spezialfalles mit nachstehender Begründung bejaht worden.

Es liegt ein Fall des § 467 StPO. vor: nach dieser Vorschrift kommen, wenn der Beschuldigte gegen einen Strafbescheid auf gerichtliche Untersuchung angetragen und die Verwaltungsbehörde sich der Verfolgung angeschlossen hat, die für den Anschluß des Verletzten als Nebenkläger gegebenen Bestimmungen zur Anwendung. Nach § 437

Abs. 1 StPO. hat der Nebenkläger nach erfolgtem Anschluß — der hierüber nach § 436 Abs. 2 erforderliche Beschluß ist vorliegend vom Revisionsgericht zu erlassen — die Rechte des Privatklägers und diesem stehen nach § 430 Abs. 1 diejenigen Rechtsmittel zu, welche auf erhobene öffentliche Klage der Staatsanwaltschaft zustehen, in § 430 Abs. 2 ist aber bestimmt, daß der Privatkläger Revisionsanträge nur mittels einer von einem Rechtsanwalt unterzeichneten Schrift anbringen kann. Nun ist allerdings in der Literatur und Rechtsprechung bestritten, ob diese letztere, die Rechte des Privatklägers gegenüber von den Rechten der Staatsanwaltschaft in Beziehung auf die Revision einschränkende Bestimmung auch für die Verwaltungsbehörde, welche sich der Verfolgung angeschlossen hat, Geltung habe. Gegen diese Anwendung haben sich ausgesprochen: Löwe zu § 466 Abs. 2 (Aufl. 1904), Stenglein daselbst N. 5, Keller, Dalke, Kolisch je a. a. O., Friedländer im Ger.Saal Bd. 60 S. 414 N. 3, Arndt in Zeitschr. für gesam. Rechtswissenschaft Bd. V S. 323; für die Anwendbarkeit haben sich ausdrücklich: Voitus, Kom. z. StrPO. S. 459, Puchelt zu § 385 Note 5, Meves StPO. S. 270 und mittelbar: Thilo zu § 466 N. 1—3, Schwarze daselbst, Geyer S. 884, Birkmayer § 109 Z. II 4 S. 785, Kries S. 753/4, Borchard, Dorendorf je zu § 466, Rintelen (1891) § 53 ausgesprochen. Der Strafsenat erachtet in Uebereinstimmung mit einer früheren, in ähnlicher Sache erlassenen Entscheidung vom 11. Februar 1884 die als Nebenklägerin auftretende Verwaltungsbehörde an die in § 430 Abs. 2 gegebene Vorschrift gebunden.

Denn eine Ausnahme ist für sie in der angegebenen Richtung im Gesetz ausdrücklich nicht gemacht, speziell nicht in dem hier maßgebenden Abschnitt 3 Buch VI der StPO. betr. das Verfahren bei Zuwiderhandlungen gegen die Vorschriften über Erhebung öffentlicher Abgaben. Es läßt sich eine solche Ausnahme aber auch nicht aus dem sonstigen Inhalt der dort gegebenen Vorschriften in Verbindung mit ihrer

Entstehungsgeschichte sowie etwa aus der besonderen Natur der in Betracht kommenden Materie und Faktoren mit zureichenden Gründen ableiten. Zunächst ist abgesehen von der strikten Wortfassung des Gesetzes „nur mittels einer von einem Rechtsanwalt unterzeichneten Schrift" zu beachten, daß im bezeichneten Abschnitt bestimmte Ausnahmen von dem ordentlichen Verfahren einzeln aufgeführt sind, nämlich in §§ 462, 464, 468, 469 und daß insbesondere in § 469 Ausnahmebestimmungen bezüglich der Fristen zur Einlegung von Rechtsmitteln und zur Anbringung von Revisionsanträgen getroffen sind und der Gesetzgeber somit veranlaßt war, auch bezüglich der Vorschrift des § 430 Abs. 2 eine Ausnahme anzuordnen, falls er eine solche etwa beabsichtigt hätte. Wohl sind einzelne Bestimmungen, welche in dem übrigens hier nicht zutreffenden Fall einer von der Verwaltungsbehörde erhobenen Anklage nach § 466 anzuwenden wären, wie z. B. jene über Armenrecht, Sühneversuch ꝛc., über Zurücknahme der Klage (§§ 419—421, 431, 432) unzweifelhaft als ausgeschlossen zu erachten, obgleich ihre Ausnahme nicht besonders erwähnt ist, da sich die letztere aus der besonderen Natur der öffentlichen Klage und jener Vorschriften ganz von selbst ergibt; eben diese Voraussetzung liegt aber hier nicht vor.

In den Gesetzesmaterialien ist die Frage nicht berührt, dagegen könnte geltend gemacht werden, daß der für das Erfordernis der Unterzeichnung des Revisionsantrags durch einen Rechtsanwalt zu § 430 wie auch zu § 385 StPO. in den Motiven angeführte Grund, den bestehenden Vorschriften nicht entsprechende Revisionsanträge sowie seitens der Angeklagten unverständliche und ganz grundlose Anträge, wie sie nur zu häufig von Winkelschreibern verfaßt werden, mit Rücksicht auf die dem Revisionsgericht zugewiesenen Aufgaben möglichst zu verhüten (Motive S. 207, 228 vgl. Hahn StPO. Abt. I S. 255, 275, 1065), bei Revisionsanträgen der Verwaltungsbehörde nicht zutreffe, zumal solche gewöhnlich von einem rechtskundigen Mitglied der Behörde verfaßt wer-

den. Allein nach anerkannten Grundsätzen ist dem Richter nicht gestattet, eine gesetzliche Bestimmung ohne weiteres in solchen Fällen für nicht anwendbar zu erklären, bei welchen der Grund, aus welchem sie gegeben ist, nicht oder nicht mehr zutrifft. Hiezu kommt, daß auch derjenige Privatkläger und derjenige Angeklagte, welcher Rechtsverständiger, aber kein Rechtsanwalt ist, z. B. ein Richter, ein Professor der Rechtswissenschaft, Revisionsanträge nebst Begründung unstreitig nicht in einer bloß von ihm unterzeichneten Schrift wirksam anbringen kann, ferner daß im Civilprozeß die höchsten Verwaltungsbehörden vor den Landgerichten und Oberlandesgerichten sich durch einen Rechtsanwalt vertreten lassen müssen, trotzdem solche Behörden, wie dem Gesetzgeber wohl bekannt war, regelmäßig ein rechtskundiges Mitglied unter sich haben. Eben deshalb kann auch der von Löwe und anderen Kommentatoren für die Nichtanwendbarkeit des § 430 Abs. 2 einzig angeführte Grund, eine öffentliche Behörde bedürfe in keinem Fall der Unterzeichnung ihrer Erklärungen durch einen Rechtsanwalt, nicht als durchschlagend erachtet werden. Ueberdies dürfte der erwähnte gesetzgeberische Grund nicht für alle nach § 467 in Betracht kommenden Verwaltungsbehörden von vornherein als wegfallend anzusehen sein, da wie z. B. in Württemberg nach Art. 11 des Gesetzes vom 25. August 1879 nicht bloß die Direktivbehörde (Steuerkollegium) sondern auch die sog. Hauptämter, welche regelmäßig kein rechtskundiges Mitglied haben, zur Erlassung von Strafbescheiden und damit zum Anschluß als Nebenkläger in gewissem Umfang berechtigt sind.

Weiterhin kann die Nichtanwendbarkeit des § 430 Abs. 2 auch nicht daraus abgeleitet werden, daß nach § 467 die der Verfolgung sich anschließende Steuerbehörde gleich wie bei einer von ihr erhobenen Anklage einen Vertreter zu bestellen hat und dies nach § 464 Abs. 2 ein Beamter ihres Verwaltungszweigs oder ein Rechtsanwalt sein kann. Allerdings ist hiemit für die Vertretung eine Gleichstellung dieser beiden Amts- oder Berufsträger vom Gesetz ausgesprochen,

auch mag der Verwaltungsbeamte mit den technischen Fragen des Abgabenrechts und den einschlägigen Vorschriften eher besser als ein Rechtsanwalt vertraut sein (vgl. Motive zu §§ 466, 467 S. 245/6). Allein die Tatsache, daß für die Anbringung von Revisionsanträgen seitens des Nebenklägers eine ausdrückliche Vorschrift im Gesetz gegeben ist und nach dieser jene Gleichstellung nicht zutrifft, daß ferner gerade für diese Anträge eine besondere Frist als Ausnahme zugelassen (§ 469 Abs. 2), bezüglich der Form aber nichts Abweichendes vorgeschrieben ist, endlich die dem klaren Wortlaut des Gesetzes gegenüber untergeordnete Bedeutung der Gesetzesmotive lassen eine Auslegung dahin, daß § 430 Abs. 2 für die Verwaltungsbehörde keine Geltung habe, nicht zu. Endlich ist für eine solche Auslegung auch nicht schlüssig, daß in § 469 Abs. 2 die besondere Ausnahmefrist als „der Verwaltungsbehörde" zustehend angeführt ist, denn eben weil ihr zur Anbringung von Revisionsanträgen hier eine Ausnahmefrist gegeben wurde, hätte alle Veranlassung bestanden, auch für die Form dieser Anbringung die Ausnahmebestimmung zu geben, wenn solche irgend beabsichtigt gewesen wäre.

Beschluß des Strafsenats vom 2. Mai 1904 in der Strafsache gegen Fabrikant E. H. D. in H. wegen Wechselstempelsteuerhinterziehung.

II.

Entscheidungen des Verwaltungsgerichtshofs.

12.

Unter welchen Voraussetzungen unterliegt die Entfaltung einer gewerblichen Tätigkeit seitens eines Auswärtigen in Württemberg der württemb. Gewerbesteuer?

In einer Rechtsbeschwerdesache hat der Verwaltungsgerichtshof ausgeführt: Der Gewerbesteuer unterliegen nach Art. 1 Ziff. 3 des Steuergesetzes vom 28. April 1873 die im Lande betriebenen stehenden Gewerbe jeder Art; ein Gewerbe, das durch Geschäftsführer, Faktore, Verwalter oder andere Stellvertreter des Gewerbeunternehmers betrieben wird, unterliegt nach Art. 86 Abs. 1 des angeführten Gesetzes der Besteuerung in derselben Weise, wie wenn dasselbe vom Unternehmer selbst geführt würde. Es fragt sich also, ob die Beschwerdeführerin, die ihren Sitz im Großherzogtum Baden hat, daselbst ausschließlich ihre Waren herstellt und von der Fabrik aus auch ihre Waren verkauft, daneben noch ein stehendes Gewerbe in Württemberg dadurch betreibt, daß sie in S. zur Förderung des Verkaufs ihrer Waren bestimmte Einrichtungen getroffen hat. Der Verwaltungsgerichtshof hat in zwei Urteilen vom 28. November 1900 und vom 19. November 1902 (veröffentlicht in den Jahrbüchern der Württ. Rechtspfl. Bd. 13 S. 114 ff. und Bd. 14 S. 369 ff.) für die Beantwortung der Frage, inwieweit und unter welchen Voraussetzungen die Entfaltung einer gewerblichen Tätigkeit seitens eines Auswärtigen in Württemberg die Annahme eines steuerpflichtigen württembergischen Gewerbebetriebs rechtfertigt, leitende Grundsätze auf-

gestellt, die auch auf den vorliegenden Fall Anwendung finden.

Wenn eine Aktiengesellschaft, wie dies bei der Beschwerdeführerin der Fall ist, ihre satzungsmäßige Tätigkeit zugleich auf die Fabrikation von Waren und auf den gewinnbringenden Verkauf dieser Waren richtet, so kann eine räumliche Trennung dieser zweifachen Tätigkeit in der Weise stattfinden, daß in einem Staat die Fabrikation in Verbindung mit Warenabsatz, und in einem anderen Staat ausschließlich der Verkauf von Waren vor sich geht. Dabei können in dem anderen Staat die Vorkehrungen und Einrichtungen für den Warenabsatz so getroffen sein, daß dieser Verkauf die Merkmale eines selbständigen steuerpflichtigen Gewerbebetriebs trägt, sich als eine besondere von der am Fabrikationsort befindlichen Hauptquelle abgezweigte Einkommensquelle darstellt. Hiezu wird regelmäßig erforderlich sein, daß in dem anderen Staate ein ständiges Warenlager gehalten und in Verbindung damit eine ständige Verkaufsstätte eingerichtet wird, so daß von diesem Orte aus auf die Dauer in ununterbrochener Folge Waren verkauft und Waren geliefert werden können. Unter dieser Voraussetzung hat auch der I. Civilsenat des Reichsgerichts mit Urteil vom 7. November 1885 jedem der beteiligten Bundesstaaten ein anteiliges Besteuerungsrecht zugestanden (vergl. Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen Bd. 15 S. 27 ff.); ebenso ist die Rechtsprechung des Preuß. Oberverwaltungsgerichts von dieser Auffassung beherrscht, bei der bezüglich der Verteilung des Gesamtgewinns auf zwei beteiligte Staaten davon ausgegangen wird, daß regelmäßig die zwei vorliegenden Betriebe für die Gewinnerzielung gleichwertig sind und demgemäß auf jeden derselben die Hälfte des Gewinns entfällt, falls nicht aus besonderen Verhältnissen ein wesentliches Zurücktreten der einen Tätigkeit hinter die andere bezüglich des Einflusses auf die Gewinnerzielung sich entnehmen läßt (vergl. Urteil vom 21. November 1903 in den Entscheidungen in Staatssteuersachen Bd. 11 S. 28 ff.).

Im vorliegenden Falle ist nun entscheidend die zwischen der Beschwerdeführerin und den Steuerbehörden bestrittene

Frage, ob die geschäftliche Tätigkeit des als Zweigniederlassung im württ. Handelsregister eingetragenen Verkaufsbureau in S. sich als selbständiger württ. Gewerbebetrieb darstellt oder nur ein den badischen Gewerbebetrieb fördernes Accessorium dieses Betriebs bildet. Nach den von der Steuerbehörde erhobenen Umständen erachtet der Verwaltungsgerichtshof den Nachweis für die erstere Annahme nicht als ausreichend erbracht und gelangt so zu einer Verneinung der von den Steuerbehörden angeordneten Beiziehung der Beschwerdeführerin zu der württ. Gewerbesteuer. Zu diesem Ergebnis haben folgende Erwägungen geführt: Wenn in einem Rundschreiben vom 25. März 1896 auf ein auch fernerhin von der Firma Th. O. in S. zu unterhaltendes gut assortiertes Lager der Artikel der Beschwerdeführerin hingewiesen wird, so kann darunter nicht wohl etwas anderes als ein Musterlager verstanden werden, jedenfalls ist der Beschwerdeführerin die von Anfang an aufgestellte und festgehaltene Behauptung nicht widerlegt, daß sie in S. oder sonstwo in Württemberg nie ein Verkaufswarenlager gehalten habe und daß daher ein Absatz ihrer Waren aus Württemberg nicht habe stattfinden können. Die weitere Behauptung der Beschwerdeführerin, daß der Abschluß der Verträge auch mit den württ. Abnehmern regelmäßig von der Direktion in F. und nicht von dem Geschäftsbureau in S. ausgehe, erscheint unter den obwaltenden Umständen glaubhaft; denn nach den Einträgen im badischen und württ. Handelsregister wird die beschwerdeführende Aktiengesellschaft nur durch die Unterschrift des Direktors bezw. seines Vertreters oder von zwei Prokuristen verpflichtet, die Unterschrift des Leiters des Verkaufsbureau in S. reicht hiezu nicht aus; im Zusammenhang hiemit steht vielleicht, daß ihm ein festes Einkommen zugesichert und er so der Notwendigkeit enthoben ist, zur Sicherung seiner Provision im einzelnen Falle seine Einwirkung auf den Geschäftsabschluß nachzuweisen. So hat auch die städtische Kanalbau-Inspektion S. am 15. März 1905 dem Kgl. Hauptsteueramt S. mitgeteilt, daß sie seit einer längeren Reihe

von Jahren ihren Bedarf an Steinzeugwaren direkt von der Fabrik in F. auf Grund von mehrjährigen, meist dreijährigen Lieferungsverträgen beziehe und daß die Verträge bisher stets mit der Fabrikfirma selbst abgeschlossen, auch die Geldbeträge mit jährlich durchschnittlich 75000 bis 80000 M. an diese bezahlt worden seien. Bei der Würdigung dieser Frage hat der in der angefochtenen Entscheidung angeführte Vertrag zwischen dem technischen Bureau der Domänendirektion und K. S. vom 14. Juli 1902 auszuscheiden, da dieser Vertrag nicht namens der Beschwerdeführerin und wie diese glaubhaft versichert, auch nicht seinem ganzen Umfang nach für ihre Rechnung abgeschlossen worden ist, sofern er sich auch auf eine nicht in ihren Geschäftskreis fallende Arbeit, die Verlegung von Steinzeugröhren, bezog. Ist so die württ. Kundschaft trotz dem Verkaufsbureau in S. durchaus auf den Bezug der Waren von der badischen Fabrikationsstätte und jedenfalls in wichtigeren Fällen auch für den Vertragsabschluß auf die Direktion in Baden angewiesen, so bleibt für die von dem Stᵉʳ Verkaufsbureau ausgehende gewerbliche Tätigkeit und für die die Steuerpflicht in erster Linie beeinflussende wirtschaftliche Bedeutung dieses Verkaufsbureau im Geschäftsbetrieb der Beschwerdeführerin so wenig übrig, daß daraus ein selbständiger der Gewerbesteuer unterliegender württemb. Gewerbebetrieb nicht gefolgert werden kann. Diese Sachlage verträgt sich wohl mit der Anschauung der Beschwerdeführerin, daß der Leiter des sogenannten Verkaufsbureau nach seiner wirtschaftlichen Bedeutung in ihrem Betriebe die Stellung eines auf einen bestimmten Bezirk beschränkten Handlungsreisenden einnehme, dem zu seiner und seiner Kunden Bequemlichkeit S. als Wohnsitz angewiesen und daselbst ein Geschäftsraum als Verkaufsbureau auf Kosten der Beschwerdeführerin zur Verfügung gestellt sei. Nicht im Einklang hiemit steht allerdings die von dem Direktor H. in der Sitzung des Aufsichtsrats vom 6. März 1899 über die künftige Gestaltung und Bedeutung der Zweigniederlassung abgegebene Erklärung; wenn damals eine dieser

Erklärung entsprechende ernsthafte Absicht bestand, so ist im Hinblick auf die seitherige tatsächliche Gestaltung der Verhältnisse anzunehmen, daß bis jetzt diese Absicht eine Verwirklichung nicht gefunden hat. Ein eintragspflichtiges Zweiggeschäft muß, wie auch das Reichsgericht in einem Beschluß vom 14. November 1896 ausgesprochen hat (Entscheid. in Civilsachen Bd. 38 S. 263), insofern einen selbständigen Betrieb darstellen, als es auf die Dauer berechnet und von einer Person geleitet sein muß, welche Geschäfte nicht bloß zu vermitteln, sondern selbständig abzuschließen hat. Letztere wesentliche Voraussetzung aber ist für das sogenannte Verkaufsbureau der Beschwerdeführerin nicht nachgewiesen (vergl. Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch 6. und 7. Auflage S. 93 und 94).

Gegen die Unterstellung eines selbständigen württ. Gewerbebetriebs spricht auch der Umstand, daß bei dieser Annahme die Art und Weise, wie die Steuerbehörde den Maßstab des Art. 87 des Steuergesetzes vom 28. April 1873 für die Anlegung der Steuer zur Anwendung bringt, durchaus willkürlich erscheint und die Beschwerdeführerin der Gefahr der Doppelbesteuerung aussetzt.

Alle diese Erwägungen widerstreiten der Auffassung, daß die Beschwerdeführerin das Warenverkaufsgeschäft nach Württemberg von der badischen Betriebsstätte losgelöst und dafür einen besonderen selbständigen Mittelpunkt in Württemberg geschaffen hat; die Tatsache aber, daß die Beschwerdeführerin fortgesetzt erhebliche Warenmengen nach Württemberg liefert, vermag für sich allein nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs, die in diesem Punkt auch der in anderen deutschen Bundesstaaten herrschenden Ansicht entspricht, die württemb. Gewerbesteuerpflicht nicht zu begründen.

Das Urteil des I. Strafsenats des Reichsgerichts vom 16. Februar 1903 (vergl. Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen Bd. 36 S. 97 ff.), auf das das K. Finanzministerium in der Aeußerung zu der Rechtsbeschwerde Be-

zug genommen hat, betrifft einen wesentlich anders gelagerten Fall; es handelt sich hier um einen in Bayern (Pfalz) wohnhaften Unternehmer, der in Hessen umfangreiche zu ihrer Ausführung längere Zeit erfordernde Wasserleitungs- und Installationsarbeiten übernommen hat. Der Tatbestand ist hier ähnlich demjenigen, der dem oben erwähnten Urteil des Verwaltungsgerichtshofs vom 19. November 1902 (Württ. Jahrbücher Bd. 14 S. 369) zu Grunde lag. Ob die sämtlichen rechtlichen Ausführungen in der Begründung des Strafurteils des Reichsgerichts zutreffend und haltbar sind, kann unerörtert bleiben.

Urteil vom 10. Mai 1905 in der Rechtsbeschwerdes. der deutschen Steinzeugwarenfabr. ꝛc. in F. (Baden).

13.

Zur Frage der Doppelbesteuerung.

Die Abweisung einer Rechtsbeschwerde hat der Verwaltungsgerichtshof folgendermaßen begründet:

1) Die Gewerbesteuer, wie sie nach Maßgabe der Vorschriften des Steuergesetzes vom 28. April 1873 bis zum 1. April 1905 als einzige Steuer die im Lande betriebenen stehenden Gewerbe jeder Art trifft, trägt den Charakter einer Ertragsteuer. Im Unterschied von der Einkommensteuer will sie nicht das jeweilige tatsächliche Reineinkommen aus dem Gewerbebetrieb treffen, ist vielmehr bemüht, an der Hand objektiver Merkmale der Steuerbemessung einen für längere Zeit gleichbleibenden mittleren, durchschnittlichen Ertrag des Gewerbebetriebs ausfindig zu machen. Dabei soll gemäß Art. 87 bis 91 des genannten Steuergesetzes ein doppelter Maßstab für die Steuerbemessung verwendet werden, einerseits soll der persönliche Arbeitsverdienst des Gewerbetreibenden nach einer Klassentafel unter Berücksichtigung teils der Betriebsweise teils des aus der Verwendung von Gehilfen und Betriebskapttal ersichtlichen Umfangs des Gewerbes eingeschätzt werden, andererseits soll der nach Pro-

zenten zu schätzende Ertrag aus dem in dem Gewerbe verwendeten Betriebskapital nach seinem mittleren Stande und Werte einen Maßstab bilden. Die Einschätzung dieser beiden Elemente und die Feststellung des sich hiernach ergebenden Steuerkapitals des einzelnen Steuerpflichtigen ist dem pflichtmäßigen Ermessen der Steuerbehörden überlassen; dem Finanzministerium steht dabei die endgültige Entscheidung zu (Art. 16 und Art. 97 Abs. 3 des Steuergesetzes); eine Rechtsbeschwerde an den Verwaltungsgerichtshof, eine verwaltungsgerichtliche Nachprüfung ist im Bereiche dieser Einschätzung ausgeschlossen (Art. 15 Ziff. 1 des Ges. über die Verwaltungsrechtspflege vom 16. Dez. 1876).

2) Die Rechtsbeschwerde ist nicht gestützt auf die Behauptung, daß die angeführten Einschätzungsvorschriften verletzt seien, sie macht vielmehr einen Verstoß gegen die Bestimmungen des der Doppelbesteuerung entgegentretenden Reichsgesetzes vom 13. Mai 1870 geltend: während nach § 3 dieses Reichsgesetzes der Betrieb eines Gewerbes, sowie das daraus herrührende Einkommen nur von demjenigen Bundesstaate besteuert werden dürfe, in welchem das Gewerbe betrieben wird, sei in der angefochtenen Entscheidung für die Feststellung des württ. Steuerkapitals auch der badische Gewerbebetrieb mit hereingezogen worden, obwohl derselbe in Baden der dortigen Einkommensteuer und Gewerbesteuer unterliege. Die Fassung des Reichsgesetzes gibt zwar Zweifeln in der Richtung Raum, ob dasselbe auch auf juristische Personen anwendbar sei, der Verwaltungsgerichtshof trägt jedoch in Uebereinstimmung mit dem Bundesrat und dem Reichsgericht kein Bedenken, diese Frage zu bejahen. Die Statthaftigkeit der eingelegten Rechtsbeschwerde ist hiernach nicht zu beanstanden (vergl. Art. 16 Abs. 2 des Steuergesetzes vom 28. April 1873).

Auf Grund der glaubwürdigen Angaben der Beschwerdeführerin ist davon auszugehen, daß sie sowohl in Württemberg als in Baden ein steuerpflichtiges Gewerbe betreibt und daß ihr Gesamtgeschäftsgewinn das untrennbare Ergebnis

der beiden in engem Zusammenhang miteinander stehenden Gewerbebetriebe ist; den beiden Staaten, in deren Gebiet der Gewerbebetrieb fällt, kommt die Berechtigung zu, den Gewerbebetrieb insoweit nach Maßgabe der landesrechtlichen Bestimmungen der Besteuerung zu unterwerfen (vergl. Urteil des Reichsgerichts vom 7. Nov. 1885 in den Entscheidungen in Zivilsachen Bd. 15 S. 27 ff.).

Der Verwaltungsgerichtshof hat nur die Frage zu untersuchen, ob die württ. Steuerbehörden bei der Heranziehung des Gewerbebetriebs der Beschwerdeführerin die für sie maßgebenden Normen eingehalten haben, ob sie insbesondere der Vorschrift nachgekommen sind, daß der württ. Gewerbesteuer nur die im Lande betriebenen Gewerbe unterstellt werden dürfen, und nicht in Verletzung dieser Vorschrift den mit dem württ. Gewerbebetrieb zusammenhängenden badischen Gewerbebetrieb der Beschwerdeführerin zu einer unzulässigen Erhöhung der württ. Gewerbesteuer verwendet haben. Für den Fall eines über mehrere Staaten sich erstreckenden Gewerbebetriebs sind bezüglich der seit 1. April 1905 neben der Gewerbesteuer zur Erhebung kommenden Einkommensteuer nähere Bestimmungen gegeben. Die Aktiengesellschaften mit dem Sitz in Württemberg sind in Art. 2 Ziff. I, 4 des Einkommensteuergesetzes vom 8. August 1903 ausdrücklich der allgemeinen Einkommensteuer unterworfen, woneben gemäß Art. 8 Ziff. 1 dieses Gesetzes das Einkommen aus den außerhalb Württembergs betriebenen Gewerben von der Einkommensteuer ausgenommen ist. Die Vollzugsverfügung des Finanzministeriums vom 9. Juni 1904 (Reg.-Bl. S. 117) bemerkt hiezu in § 9: „Außer Betracht bleibt gemäß Art. 8 Ziff. 1 des Gesetzes der Gewinn aus den außerhalb Württembergs betriebenen Gewerben. Steht ein hienach nicht steuerpflichtiger Gewerbebetrieb mit einem steuerpflichtigen dergestalt im Zusammenhang, daß eine gesonderte Gewinnberechnung nicht ausführbar ist, so muß der Gewinn für den gesamten Betrieb berechnet und auf die steuerpflichtigen und die steuerfreien Betriebsstellen oder Betriebszweige nach dem

Verhältnis des Betriebsumfangs unter Berücksichtigung der besonderen Betriebskosten verteilt werden. Die hiebei zu beachtenden Merkmale (Wert und Menge der Erzeugnisse, Umsatz, Anlage- und Betriebskapital, Zahl der beschäftigten Arbeiter u. s. w.) sind den besonderen Verhältnissen des einzelnen Falles zu entnehmen". Dagegen fehlen solche nähere Bestimmungen für den Ansatz der Gewerbesteuer und für die Bemessung des ihr als Grundlage dienenden Steuerkapitals. Den Steuerbehörden bleibt hier nichts anderes übrig, als für den inländischen Gewerbebetrieb die gesetzlichen Merkmale nach den Vorschriften des Gesetzes vom 28. April 1873 so gut als möglich nach ihrem pflichtmäßigen Ermessen festzustellen und dabei von dem in untrennbarem Zusammenhang stehenden auswärtigen Gewerbebetrieb nach Tunlichkeit abzusehen. Daß hiemit die Steuerbehörden vor eine sehr schwierige Aufgabe gestellt sind, ist einleuchtend und wenn zudem für die Steuerveranlagung in den beteiligten Bundesstaaten verschiedene Merkmale aufgestellt sind, kann die Gesamtbesteuerung des über das Gebiet mehrerer Bundesstaaten sich erstreckenden innerlich einheitlichen Gewerbebetriebs eine unbillige, den Verhältnissen nicht entsprechende, werden, ohne daß daraus den beteiligten Steuerbehörden ein Vorwurf gemacht oder eine Doppelbesteuernng im Sinne des Reichsgesetzes unterstellt werden kann. Eine durchweg angemessene Behandlung derartiger Fälle wird sich nur durch sachgemäße Vereinbarungen zwischen den beteiligten Bundesstaaten oder durch einen weiteren Ausbau des Reichsgesetzes gegen die Doppelbesteuerung erreichen lassen.

Im vorliegenden Falle hat das Finanzministerium mit der angefochtenen Entscheidung, wie sich aus deren Begründung ergibt, lediglich unter Berücksichtigung des württ. Gewerbebetriebs und der ihm in Württemberg gegebenen Gestaltung das Steuerkapital geschöpft; es ist nicht ersichtlich, daß es dabei auf den badischen Gewerbebetrieb übergegriffen und Merkmale festgestellt hat, die sich nicht ausschließlich dem württ. Gewerbebetrieb, sondern nur dem badischen Be-

trieb entnehmen lassen. Ob die Einschätzung auf Grund der dem württ. Betrieb entnommenen Merkmale zutreffend ist, entzieht sich, wie bereits ausgeführt wurde, der Nachprüfung durch den Verwaltungsgerichtshof (vergl. auch Entscheidungen des preuß. Oberverwaltungsgerichts in Steuersachen Bd. 3 S. 58, 63; Bd. 4 S. 317—320; Bd. 7 S. 298; Bd. 11 S. 28).

Die Möglichkeit liegt vor, daß eine Aktiengesellschaft mit einem wirtschaftlich zusammengehörigen zwei Bundesstaaten berührenden Gewerbebetrieb, wenn die auf die beiden Staaten entfallenden Anteile am Betrieb einer gesonderten Besteuerung unterworfen werden, im Gesamteffekt ungünstiger behandelt wird, als wenn der Betrieb in einem Staate konzentriert wäre und daselbst einheitlich zur Besteuerung käme; allein gegen derartige Benachteiligungen bietet das Reichsgesetz gegen die Doppelbesteuerung in seiner derzeitigen Gestalt keinen durchgreifenden Schutz (vergl. Th. Klauß im Finanzarchiv von Schanz Jahrg. 5 S. 177/8).

Uebrigens hat das k. Finanzministerium in der angefochtenen Entscheidung zutreffend ausgeführt, daß die badische Einkommensteuer und die württ. Gewerbesteuer in ihrer Gesamtwirkung in den drei Steuerjahren 1902—1904 nicht den vollen Betrag des von der Beschwerdeführerin erzielten Gesamtgewinns erfaßt haben; in dieser Beziehung kann daher von einer unzulässigen Doppelbesteuerung nicht die Rede sein. Unter diesen Umständen kann von einer weiteren Erörterung der Frage abgesehen werden, ob bei dem Zusammentreffen der württ. Gewerbesteuer mit der badischen Einkommensteuer die zur Annahme einer Doppelbesteuerung erforderliche Identität des Steuerobjekts vorhanden ist (vergl. Th. Klauß a. a. O. S. 140).

Urteil vom 5. Juli 1905 in der Rechtsbeschwerdes. der Aktiengesellschaft „Mechan. Buntweberei B." in St.

14.

Dienstliche Stellung des Verwaltungsaktuars; Kündbarkeit.

Aus den Gründen der abweisenden Entscheidung über eine Rechtsbeschwerde:

Um den Inhalt der die Anstellungsverhältnisse der Verwaltungsaktuare regelnden Vorschriften und speziell das Verhältnis der von der Organisations-Vollziehungskommission erlassenen Vollzugsbestimmungen zu den §§ 33 bis 35 des Verwaltungsedikts richtig zu würdigen, ist auf die Entstehungsgeschichte dieser Vorschriften näher einzugehen. Die Grundlage des Verwaltungsedikts vom 1. März 1822 bilden die drei ersten Edikte vom 31. Dezember 1818, welchen, als zurzeit der absoluten Regierung erlassen, Gesetzeskraft zukam. Nachdem die Bestimmungen derselben von ständischer Seite in vielfachen Beziehungen beanstandet worden waren, wurden durch den Landtagsabschied vom 30. Juni 1821 diejenigen Punkte bezeichnet, in welchen die k. Regierung den ständischen Bitten auf Abänderung der Edikte von 1818 zu entsprechen gesonnen war, und wurde zur Vollziehung der hiernach zu treffenden Anordnungen und Verfügungen die sogenannte Organisations-Vollziehungskommission eingesetzt. Von dieser Kommission wurde der endgültige Wortlaut des Verwaltungsedikts festgestellt und es wurde dieser sodann unter dem 1. März 1822 publiziert, ohne nochmals der ständischen Verabschiedung unterstellt worden zu sein. Zu denjenigen Bestimmungen des Verwaltungsedikts, welche von der zuvor festgestellten übereinstimmenden Willensmeinung von Regierung und Ständen nach ständischer Anschauung abwichen, erteilte die Ständeversammlung nachträglich ihre Zustimmung (Verh. der K. der Abg. 1823, 5. Heft, S. 20, 1. Beil. Bd. S. 55 ff.).

Das erste Edikt vom 31. Dezember 1818 hatte in § 27, 41—44 die Besorgung derjenigen Rechnungs- und Verwaltungsgeschäfte, zu deren Erledigung die Rechner und Vor-

steher der Gemeinden noch nicht befähigt waren, einstweilen dem Gerichtsnotar des Bezirks zugewiesen. In § 49 des Landtagsabschieds vom 30. Juni 1821 erteilte aber die k. Regierung dem von ständischer Seite gestellten Antrag auf Trennung der Verwaltungsgeschäfte der Gemeinden von den Rechtsgeschäften ihre Genehmigung; zugleich wurden in § 50, 54 und 55 einige allgemeine Grundsätze bezüglich der Einrichtung der Verwaltungsaktuariate aufgestellt und in § 56 beigefügt: „Zu möglichst baldiger Ausführung Unserer in den §§ 49—55 ausgesprochenen Willensmeinung werden Wir ungesäumt die angemessenen Einleitungen treffen lassen".

Die Erfüllung der erteilten Zusage erfolgte zunächst durch die Aufnahme der §§ 33—35 in das Verwaltungsedikt. Da aber diese nur die allgemeinsten Grundzüge enthaltenden Paragraphen dem praktischen Bedürfnis nicht genügten, wurden, nachdem durch die k. Verordnung vom 17. April 1826 (Reg.-Bl. S. 211) die Auflösung der bis dahin bestandenen Stadt- und Amtsschreibereien auf den 30. Juni d. Js. verfügt worden war und das Institut der Verwaltungsaktuariate demgemäß auf den 1. Juli 1826 ins Leben treten sollte, die zu dessen näherer Regelung erforderlichen Vorschriften durch die Erlasse der Organisations-Vollziehungskommission vom 26. April und 20. Juni 1826 (1. Erg.-Bd. zum Reg.-Bl. S. 169 und 175) erteilt. Diese Erlasse stellen sich daher als Vollzugsbestimmungen zur näheren Ausführung der in § 33—35 des Verwaltungsedikts aufgestellten allgemeinen Grundsätze dar und bilden insofern eine notwendige Ergänzung zu den letzteren. Wenn auch bei einem etwaigen Widerspruch zwischen dem Gesetz und der Vollzugsbestimmung nach allgemeinen Grundsätzen das erstere der letzteren vorgeht, so ist doch hier ein solcher Widerspruch, wie unten näher darzutun sein wird, bei richtiger Auffassung der Vollzugsvorschriften nicht vorhanden. Die Bestimmungen des Zirkularerlasses vom 20. Juni 1826 sind sowohl in der Praxis der Verwaltungs- als in der Rechtsprechung der Administrativjustizbehörden stets als zu Recht bestehend an-

gesehen und behandelt worden; ebenso ist von ständischer Seite zu wiederholtenmalen anerkannt worden, daß dieselben als eine dem Sinn und Geist des Gesetzes entsprechende Ausführung der §§ 33—35 des Verwaltungsedikts sich darstellen. Insbesondere ist dies bei der Beratung des Entwurfs des Notariatsgesetzes vom 14. Juni 1843 zu Art. 60 geschehen, indem von beiden Kammern übereinstimmend davon ausgegangen wurde, daß der § 35 des Verwaltungsedikts und der § 8 des Erlasses vom 20. Juni 1826 auch im Fall der Bestellung von Notaren zu Verwaltungsaktuaren Anwendung zu finden haben (Verh. d. Kammer d. Standesherren 1841/43, 6. Heft S. 2473/4, Verh. d. K. d. Abg. 1841/43, Bd. 16, S. 540 ff., Bd. 9, 116. Sitzung, S.. 62 ff.). Auf den gleichen Standpunkt stellt sich der Bericht der staatsrechtlichen Kommission der Kammer der Abgeordneten vom 9. Febr. 1865 über die Bitte der Verwaltungsaktuare um Verbesserung ihrer dienstlichen Stellung (Verh. d. K. d. Abg. 1862/5, 1. Beil. Bd. 3 Abt. S. 2281), gegen dessen Ausführungen in rechtlicher Hinsicht auch im Plenum keine Einwendungen laut geworden sind (a. a. O. 4. Prot.Bd. S. 2557 ff.). Ebenso geht der Bericht der Kommission der Kammer der Abgeordneten vom 2. April 1898 über den Entwurf eines Gesetzes, betr. die Bestellung und die Amtsobliegenheiten der Ortsvorsteher und der Verwaltungsaktuare (Verh. d. K. d. Abg. 1895/99 9. Beil. Bd. S. 155 ff.) von der Rechtsgültigkeit der Bestimmungen des Zirkularerlasses vom 20. Juni 1826 als einer feststehenden Sache aus: Einwendungen hiegegen sind weder bei der Plenarberatung jenes Entwurfs noch bei der Beratung des in den bezüglichen Bestimmungen gleichlautenden Entwurfs einer Gemeindeordnung in den Jahren 1903/04 erhoben worden.

Was nun zunächst den § 33 des Verw.-Edikts betrifft, aus welchem der Beschwerdeführer eine gesetzliche Befugnis des Ortsvorstehers ableiten will, die dem Rechner zukommenden Geschäfte im Falle mangelnder Befähigung desselben zu besorgen, so bietet schon dessen Wortlaut keinen genügen-

den Anhaltspunkt für eine solche Auslegung. Der § 33 nimmt auf die §§ 26, 28, 29 und 32 des Gesetzes Bezug, in welchen genau bestimmt ist, welche Geschäfte dem Ortsvorsteher und welche dem Gemeindepfleger an sich zukommen. Jene Bezugnahme weist darauf hin, daß auch der § 33 zwischen dem Ortsvorsteher und dem Rechner unterscheiden und den Eintritt eines Hilfsbeamten je nur insoweit zulassen will, als der eine oder der andere dieser Beamten zur eigenen Besorgung der ihm zukommenden Geschäfte nicht befähigt ist. Eine Bestimmung, welche den Ortsvorsteher als solchen berechtigen würde, bei mangelnder Befähigung des Rechners die diesem zukommenden Geschäfte zu besorgen, sucht man in § 33 vergebens; wohl aber ist in § 4 des Zirkularerlasses vom 20. Juni 1826 ausdrücklich bestimmt, daß, wenn der Schultheiß oder Ratsschreiber die nur dem Rechner zukommende Rechnungsstellung oder eine der in § 1 aufgezählten Vorarbeiten hiefür übernehmen wolle, dies nur durch förmliche Uebertragung des Verwaltungsaktuariats an ihn geschehen könne. Hienach unterliegt es keinem Zweifel, daß die bestehenden Vorschriften über die Bestellung der Verwaltungsaktuare und über die Auflösung ihres Dienstverhältnisses auf den Fall der Besorgung der Rechnersgeschäfte durch den eigenen Ortsvorsteher oder Ratsschreiber der Gemeinde in vollem Umfang Anwendung finden. Inwiefern sich aus § 138 des Verw.-Edikts im Vergleich mit § 32 und 33 desselben ein Anhaltspunkt für die gegenteilige Auffassung des Beschwerdeführers ergeben soll, ist unerfindlich.

Ebensowenig kann der Auslegung beigepflichtet werden, die der Beschwerdeführer dem § 35 des Verwaltungsedikts geben will. Nach diesem § hat sich jede Gemeinde in dem mit dem Verwaltungsaktuar einzugehenden Vertrag das Recht vorzubehalten, die denselben erteilten Geschäftsaufträge ganz oder teilweise zurückzunehmen, sobald ihre Vorsteher oder Rechner zur Bearbeitung der ihnen obliegenden Geschäfte der Unterstützung jenes Hilfsbeamten nicht mehr bedürfen. Wenn der Beschwerdeführer dieser Bestimmung die Auslegung gibt,

daß die Gemeinde nur unter der eben bezeichneten Vorausſetzung zur Auflöſung des Dienſtverhältniſſes des Verwaltungsaktuars befugt ſei, ſo trägt er in die Beſtimmung etwas hinein, was nicht in ihrem Wortlaut ſteht und was ihrem Sinn und Geiſt nicht entſpricht. Indem der § 35 auf den mit dem Verwaltungsaktuar einzugehenden Vertrag verweiſt, gibt er die Beſtimmung der Bedingungen der Anſtellung der Vereinbarung zwiſchen der Gemeinde und dem Beamten anheim, wobei er jedoch die Freiheit der Gemeinde inſofern beſchränkt, als er ſie zum Vorbehalt der Auflöſung des Dienſtverhältniſſes für den mehrbezeichneten Fall verpflichtet. Nach dem klaren Wortlaut des Geſetzes greift dieſe Beſchränkung nur in Anſehung der Eingehung des Anſtellungsvertrags, nicht auch hinſichtlich ſeiner Auflöſung Platz und bezeichnet ſomit nur das Mindeſtmaß der Befugnis, welche der Gemeinde in Abſicht auf die Auflöſung des Dienſtvertrags gewahrt bleiben ſoll. Im Rahmen dieſer allgemeinen Grundſätze iſt dann durch § 8 des Zirkularerlaſſes vom 20. Juni 1826 das Rechtsverhältnis der Gemeinden zu den Verwaltungsaktuaren näher dahin beſtimmt worden, daß die zwiſchen ihnen abgeſchloſſenen Dienſtverträge als mit jedem neuen Verwaltungsjahr widerruflich zu betrachten ſeien und daß die Aufkündigung je nur in den erſten ſechs Monaten des Verwaltungsjahres mit Wirkung vom Schluß dieſes Jahres an erfolgen könne. Es kann dahingeſtellt bleiben, ob dieſe Beſtimmungen im Sinne des Erlaſſes vom 20. Juni 1826 ſelbſt für alle Gemeinden unbedingt bindend ſein oder ob ſie nur für den Fall Geltung haben ſollten, wenn in dem Anſtellungsvertrag zwiſchen der Gemeinde und dem Beamten nichts anderes beſtimmt iſt. Jedenfalls kann ihnen zurzeit nur die letztere Bedeutung beigelegt werden, ſeitdem das k. Miniſterium des Innern durch den Erlaß vom 16. Februar 1865 (Fleiſchhauer, Verwaltung der Gemeinden S. 931) in Uebereinſtimmung mit der in dem Bericht der ſtaatsrechtlichen Kommiſſion der Kammer der Abgeordneten vom 9. Februar 1865 niedergelegten, vom Ple-

num der Kammer gebilligten Anschauung sich für diese Auslegung des Zirkularerlasses von 1826 erklärt und die Kreisregierungen angewiesen hat, darauf hinzuwirken, daß bei tüchtigeren Verwaltungsaktuaren deren Aufstellung nicht gegen jährliche Kündigung, sondern vorbehältlich der Bestimmung des § 35 des Verwaltungsedikts und des § 9 des mehrgenannten Zirkularerlasses auf eine bestimmte längere Reihe von Jahren erfolge. So aufgefaßt enthält der § 8 des Erlasses von 1826 nur eine in mehrfacher Hinsicht notwendige Ergänzung der unvollständigen Bestimmung des § 35 des Verwaltungsedikts, welche sich mit dieser selbst nirgends in Widerspruch setzt. Die Gemeinden sind hienach nicht gehindert, hinsichtlich der Bedingungen der Anstellung der Verwaltungsaktuare sowie unter Vorbehalt des § 35 des Verwaltungsedikts hinsichtlich der Auflösung des Dienstverhältnisses beliebige Vereinbarungen (unbeschadet der den Staatsbehörden zustehenden Aufsichtsrechte) abzuschließen, in Ermangelung besonderer Vereinbarungen aber kommen in jener Hinsicht die Vorschriften des § 8 des Erlasses vom 20. Juni 1826 jetzt noch zur Anwendung. Ausgeschlossen ist nur die lebenslängliche Anstellung der Verwaltungsaktuare, welche mit der in § 35 des Verwaltungsedikts statuierten jederzeitigen Entlaßbarkeit dieser Beamten wie mit dem ganzen, den diesbezüglichen Bestimmungen zugrunde liegenden provisorischen Charakter des Instituts nicht vereinbar ist.

Bei dieser Rechtslage ist es unerheblich, welche Entscheidung das k. Ministerium des Innern in einem Einzelfall über die Anstellungsweise der Oberamtspfleger getroffen hat, da bei diesen Beamten ganz andere Verhältnisse obwalten.

Urteil vom 24. Mai 1905 in der Rechtsbeschwerdes. des Stadtschultheißen K. in O.

15.

Erbschaftssteuer. — Gemeiner Wert des angefallenen Vermögens. —

Die von den Beteiligten erhobene Rechtsbeschwerde hat

der Verwaltungsgerichtshof für begründet erachtet, wobei er ausführte:

Nach dem Gesetz vom 26. Dezember 1899, betreffend die Erbschafts- und Schenkungssteuer, wird die Erbschaftssteuer erhoben von dem Erwerbe von Erbschaften und Vermächtnissen (Art. 1). Dabei ist die Erbschaftssteuer von dem gemeinen Werte des angefallenen Vermögens zu berechnen und anzusetzen nach Abzug der persönlichen dem Erben zur Last fallenden Schulden des Erblassers, sowie des Wertes der auf dem Vermögen allein oder verhältnismäßig haftenden Lasten und Verbindlichkeiten; für den Wertsanschlag des steuerbaren Vermögensanfalles und der zu machenden Abzüge ist der Zeitpunkt des Todes des Erblassers regelmäßig maßgebend (Art. 10 Abs. 1 und 3). Bei der Beratung des Gesetzesentwurfs in der Kammer der Abgeordneten wurde allseitig anerkannt, daß der gemeine Wert des Erbanfalls sich im wesentlichen deckt mit der dem Erwerber erwachsenen Bereicherung und hierauf zum jetzigen Art. 10 der geplante Antrag, ihm als Abs. 1 den Satz voranzustellen, daß die Erbschaftssteuer nur aus demjenigen Betrag zu entrichten sei, um welchen der Erbe u. s. w. reicher werde, als überflüssig fallen gelassen (vergl. Geyer, Erbschaftssteuergesetz S. 31 und 134). Für die Berechnung des Werts von Geldforderungen ist ausdrücklich vorgeschrieben, daß als Wert, wofern nicht ein anderes nachgewiesen wird, der Nennwert gilt (Art. 11 Abs. 1 Ziff. 2). Unsichere und bestrittene Forderungen oder sonstige Vermögensteile, welche keine sofortige Wertsbestimmung zulassen, sollen nach ihrem mutmaßlichen Werte in Berechnung genommen werden (Art. 12 letzter Absatz). Das Recht zur Zurückforderung zuviel bezahlter Erbschaftssteuer verjährt in drei Jahren vom Tage der geleisteten Zahlung an oder, falls der Grund der Zurückforderung erst später eingetreten ist, von dem Tage an, an welchem die Verbindlichkeit zur Steuerrückzahlung entstanden ist (Art. 25 Abs. 1 und 4). Daß die Steuerver-

waltung das Recht und die Pflicht hat, eine unrichtig angesetzte Steuer innerhalb der Verjährungsfrist nachträglich anderweitig festzustellen, ohne hieran durch die im Art. 24 vorgeschriebene Notfrist behindert zu sein, wurde bei der Verabschiedung des Gesetzes für selbstverständlich erklärt; in der Kammer der Abgeordneten wurde, nachdem sich hierüber allgemeines Einverständnis ergeben hatte, davon abgesehen, diese Befugnis in einem besonderen Art. 15a ausdrücklich festzustellen (vergl. Geyer a. a. O. S. 70 Note 2 und S. 71 Note 4).

Die vorliegende Rechtsbeschwerde stützt sich auf die Behauptung, die Gesellschaftsforderung des verstorbenen Privatier X gegen die Firma Y habe in Wirklichkeit nur einen Wert von 116 889 M. 41 Pfg. gehabt, irrtümlich sei aus einem Wert von 150 000 M. die Erbschaftssteuer angesetzt und bezahlt worden, die Steuerverwaltung sei daher verpflichtet, den zu viel bezahlten Betrag mit 662 M. 20 Pfg. zurückzugeben.

1) Wird der Bewertung der fraglichen Geldforderung die den Erben daraus erwachsene Bereicherung zugrund gelegt, so kann nur ein Wert von 116 889 M. 41 Pfg. in Rechnung genommen werden; denn die Erben haben den Nachweis erbracht, daß die Forderung nicht im vollen Nennbetrage von 150 000 M. oder 153 991 M. 97 Pfg. zum Einzug gekommen ist, sondern daß aus diesem Vermögensanfall ihr Vermögen nur einen Zuwachs, eine Bereicherung von 116 889 M. 41 Pfg. erfahren hat, sofern im Wege der Verständigung gegen baldige Zahlung dieses Betrags auf den Mehrbetrag der Forderung im Hinblick auf ihre Unsicherheit verzichtet worden ist. Vom Gesichtspunkt der Bereicherung aus erscheint hiernach die Rechtsbeschwerde als begründet. Weil nur regelmäßig der Betrag der Bereicherung mit dem erbschaftssteuerpflichtigen Wert des Vermögensanfalls zusammenfällt, also eine abweichende Beurteilung nicht unter allen Umständen unzulässig ist, fragt es sich noch, ob nicht im vorliegenden Falle besondere Umstände zutreffen, die eine Identifizierung ausschließen.

2) Da nach dem Gesetz für die Erbschaftssteuerpflicht

der Wert des Anfalls zur Zeit des Todes des Erblassers maßgebend ist, darf nicht durch spätere Ereignisse ein Rückgang des Wertes, eine Minderung der Bereicherung erfolgt sein. Im vorliegenden Falle haben die Beschwerdeführer ausreichend nachgewiesen, daß die Vermögenslage der Firma Y, so wie sie sich ihnen nach der Bilanz auf 30. April 1901, nach dem Inventar zu dieser Bilanz und nach weiteren eingezogenen Erkundigungen darstellte, also zur Zeit des am 8. Juni 1901 erfolgten Todes des Erblassers, begründeten Anlaß zu Zweifeln an der Zahlungsfähigkeit des Schuldners gab und daß sie durch diese beim Tod des Erblassers schon vorhandene Sachlage zum Abschluß der die Minderung des Vermögensanfalls in sich schließenden Vereinbarung bestimmt worden sind. Hiernach kann nicht angenommen werden, daß der Wert dieser Forderung durch Ereignisse, die erst nach dem Tode des Erblassers in der Zeit zwischen diesem Tode und dem Abschluß der Vereinbarung vom Februar 1902 eingetreten wären, eine Aenderung erlitten hat.

3) Auf Grund der Ermittelungen ist davon auszugehen, daß die Beschwerdeführer lediglich in Wahrung ihrer Vermögensinteressen, um einem größeren Verluste zu entgehen, den sie mit Grund bei einer dem Gesellschaftsvertrag entsprechenden Fortsetzung des Gesellschaftsverhältnisses befürchteten, in die Minderung der Forderung im Falle der sofortigen Auflösung der Gesellschaft und der baldigen Zahlung der Abfindungssumme eingewilligt haben; der Verdacht ist vollständig ausgeschlossen, daß sie dabei von einer Begünstigung des Gesellschafters X geleitet waren, eine versteckte Schenkung, eine verschleierte Liberalität zu seinen Gunsten beabsichtigt haben. Derartige unverfängliche Vereinbarungen der Beteiligten haben die Steuerbehörden bezüglich der Bewertung der davon berührten Forderungen ebenso zu beachten, wie gerichtliche Entscheidungen bezüglich des Werts bestrittener Forderungen.

Urteil vom 14. Mai 1905 in der Rechtsbeschwerdes. der ... Erben des F. Schw. in St.

16.

Die Gemeinden sind nicht befugt, die Beiträge für die landwirtschaftlichen Berufsgenossenschaften als einen Teil des Gemeindeschadens umzulegen.

Aus den Gründen:

Nach § 15 des Unfallversicherungsgesetzes für Land- und Forstwirtschaft in der Fassung vom 30. Juni 1900 (Reichsgesetz-Blatt S. 403) sind die Mittel zur Deckung der von den landwirtschaftlichen Berufsgenossenschaften zu leistenden Entschädigungen und der Verwaltungskosten durch Beiträge aufzubringen, welche auf die Mitglieder, d. h. nach § 13 des Gesetzes auf die Unternehmer der unter § 1 desselben fallenden Betriebe, jährlich umgelegt werden. Für das Umlage- und Erhebungsverfahren gelten in Württemberg auf Grund der in § 110 des Reichsgesetzes erteilten Ermächtigung an Stelle der §§ 76 bis 82ª desselben die Art. 15 ff. des dazu erlassenen Ausführungsgesetzes vom 4. März 1888 (Reg.Bl. S. 89) und das das letztere teilweise abändernde Gesetz vom 30. Mai 1891 (Reg.Bl. S. 151). Hienach werden die Beiträge zu den Berufsgenossenschaften nach dem Maßstab der für die Zwecke der Gemeindebesteuerung festgesetzten Grundsteuerkapitale derjenigen Grundstücke erhoben, auf welche sich die zu den Berufsgenossenschaften gehörenden Betriebe erstrecken; für landwirtschaftliche Betriebe, für die keine Grundsteuerkapitale festgesetzt sind, werden sogenannte fingierte Steuerkapitale im Wege der Schätzung bestimmt und außerdem gewisse Zuschläge für freiwillige Versicherung sowie für Betriebsbeamte und Facharbeiter gemacht. Auf Grund des hienach festgestellten Katasters wird der durch Umlage zu deckende Jahresbedarf der Genossenschaft auf die Gemeinden umgelegt und werden durch diese die die einzelnen Betriebsunternehmer treffenden Beiträge berechnet und von den letzteren erhoben. Nach Art. 27 des Ausführungsgesetzes hat die Gemeinde den auf sie treffenden Betrag der Umlage binnen 2 Monaten nach der an sie ergangenen Aufforderung

an den Genossenschaftsvorstand einzusenden: sie haftet für die auf sie ausgeschriebenen Beiträge in der Art, daß uneinziehbare Beiträge ihr zur Last fallen; auf der anderen Seite fällt ihr dasjenige zu, was sich aus der Aufrundung der Beiträge auf volle Pfennig über den an den Genossenschaftsvorstand eingesendeten Betrag ergibt.

Nach § 102 vergl. mit § 109 des Reichsgesetzes tritt für Betriebe, welche für Rechnung eines Bundesstaats verwaltet werden, an die Stelle der Berufsgenossenschaft der Staat, sofern und soweit nicht die Landeszentralbehörde vor der Errichtung der Berufsgenossenschaften die Erklärung abgegeben hat, mit ihren Betrieben diesen angehören zu wollen. Die Vorschriften der §§ 13, 15, 76 bis 83 des Reichsgesetzes finden in einem solchen Falle keine Anwendung. Der Staat ist daher in Beziehung auf die Betriebe, für welche er keine Erklärung des bezeichneten Inhalts abgegeben hat, nicht Mitglied der Berufsgenossenschaft und zur Entrichtung von Beiträgen an diese nicht verpflichtet, hat dagegen den gesamten aus der Unfallversicherung der von ihm beschäftigten Personen erwachsenden Aufwand aus eigenen Mitteln zu bestreiten. In diesem Falle befindet sich insbesondere die württ. Staatsforstverwaltung, für welche eine Erklärung jenes Inhalts nicht abgegeben worden ist (vergl. die Verfügung des Finanzministeriums vom 27. März 1888, betr. die Ausführung des Reichsgesetzes vom 5. Mai 1886 ꝛc. Reg.-Bl. S. 145).

Nach den Bestimmungen der Unfallversicherungsgesetze besteht hienach für die Staatsforstverwaltung keine Verpflichtung, zur Bestreitung des Aufwands der landwirtschaftlichen Berufsgenossenschaft etwas beizutragen. Die Gemeinden aber sind zur Mitwirkung bei der Aufbringung des Aufwands der Berufsgenossenschaften nur insoweit verpflichtet, als sie die Unterausteilung des auf sie entfallenden Umlagebetrags auf die einzelnen Beitragspflichtigen zu vollziehen, die Beiträge von den letzteren einzuziehen und hiebei für etwa entstehende Ausfälle in der oben bemerkten Weise zu

haften haben. Wenn eine Gemeinde den sie treffenden Umlagebetrag ohne Wiedereinzug von den Pflichtigen aus eigenen Mitteln bestreitet, so übernimmt sie damit freiwillig eine ihr an sich fremde Last. Die Frage, inwieweit eine solche Uebernahme zulässig ist, ist ausschließlich nach den Bestimmungen der Gemeindegesetzgebung zu beurteilen. Der Verwaltungsgerichtshof befindet sich hierin in Uebereinstimmung mit der in dem Ministerialerlaß vom 30. September 1891 niedergelegten Anschauung des k. Ministeriums des Innern. Auch der § 28 Abs. 4 der Ministerialverfügung vom 7. Dezember 1903, betreffend die Umlegung und den Einzug der Beiträge zu den landwirtschaftlichen Berufsgenossenschaften, geht von keiner anderen Auffassung aus. Wenn hier die Berechnung einer Vergütung für die Umlegung und den Einzug der Beiträge in dem Falle für unzulässig erklärt wird, daß eine Gemeinde den auf sie entfallenden Umlagebetrag ohne Umlage aus der Gemeindekasse an die Berufsgenossenschaft bezahlt, so wird dabei stillschweigend vorausgesetzt, daß eine solche Behandlungsweise im gegebenen Fall als statthaft erscheint. Wann aber diese Voraussetzung wirklich zutrifft, darüber ist aus der angeführten Bestimmung nichts zu entnehmen.

Die für die vorwürfige Frage maßgebende Bestimmung der Gemeindegesetze findet sich in § 25 des Verwaltungsedikts vom 1. März 1822. Nach diesem Paragraphen sind die Gemeinden berechtigt, bei der Unzulänglichkeit ihres Gemeindevermögens das im Gemeindeverband begriffene Privatvermögen zur Bestreitung der ihnen als Gemeinden obliegenden Ausgaben in Anspruch zu nehmen und zu diesem Behuf das Defizit der Gemeindeeinkünfte (den Kommunschaden) nach dem Ortssteuerfuß umzulegen. Die Berechtigung der Gemeinde zur Erhebung einer Gemeindeschadensumlage ist hienach an die doppelte Bedingung geknüpft, daß die Umlage zur Deckung der der Gemeinde als solcher obliegenden Ausgaben erfolgt und daß zur Bestreitung dieser Ausgaben die sonstigen Gemeindeeinkünfte nicht zureichen.

Insoweit ist der § 25 des Verwaltungsedikts durch die in der Folgezeit eingetretenen Aenderungen der Gesetzgebung, insbesondere durch das Gesetz vom 8. August 1903, betreffend die Besteuerungsrechte der Gemeinden und Amtskörperschaften (Reg.Bl. S. 397) nicht berührt worden. In der Begründung zu Art. 5 des Entwurfs des letztgenannten Gesetzes ist ausdrücklich bemerkt, daß bezüglich der allgemeinen Voraussetzungen der Zulässigkeit und Gültigkeit einer Gemeindeumlage neben der Vorschrift des ersten Absatzes des Art. 5 jenes Entwurfs die Bestimmungen der Gemeindeordnung (§ 25 und 26 des Verwaltungsedikts und Art. 13 des Gesetzes vom 21. Mai 1891) maßgebend seien; dieser Bemerkung hat sich der dazu erstattete Kommissionsbericht der Kammer der Standesherren angeschlossen, während in der Kammer der Abgeordneten eine abweichende Ansicht nicht zum Ausdruck gekommen ist (Verh. d. Kammer d. Abg. 1901, 2. Beil.Bd. S. 456/7, Verh. d. Kammer d. Standesh. 1901/03, Beil.Bd. S. 413, Prot.Bd. S. 643).

Eine erschöpfende Bezeichnung der den Gemeinden obliegenden Aufgaben ist in unserer Gesetzgebung nicht enthalten. Soweit nicht spezielle gesetzliche Bestimmungen platzgreifen, entscheidet darüber, was eine Gemeinde zum Gegenstand ihrer Wirksamkeit machen will, im allgemeinen die autonome Entschließung der Gemeindekollegien (zu vergl. § 3 Abs. 2 des Verwaltungsedikts, Art. 8 Abs. 1 des Entwurfs einer Gemeindeordnung nebst Begründung, Verh. d. Kammer d. Abg. 1901/03, 5. Beil. Bd. S. 3 und 93). Indes findet diese Freiheit der Entschließung teils im Wesen und in der Zweckbestimmung der Gemeinde teils in den positiven Bestimmungen der Gesetze ihre natürliche Schranke. Wenn die Verpflichtung zu einer Leistung vom Gesetz ausdrücklich dritten Personen auferlegt ist, so bildet eine derartige Leistung eine der Gemeinde als solcher fremde Angelegenheit. Es kann dahingestellt bleiben, inwieweit die Gemeinden zur freiwilligen Uebernahme solcher ihnen an sich fremden Lasten berechtigt sind; jedenfalls ist diese Berechtigung durch § 25

des Verwaltungsedikts insoweit ausgeschlossen, als zur Bestreitung des daraus erwachsenden Aufwands die Steuerpflichtigen mittels der Gemeindeschadensumlage in Anspruch genommen werden müßten. Die Entrichtung der Beiträge für die landwirtschaftlichen Berufsgenossenschaften ist nach dem Gesetz Obliegenheit der in den Berufsgenossenschaften vereinigten Unternehmer landwirtschaftlicher Betriebe: die Gemeinden sind daher nicht befugt, den dafür zu machenden Aufwand unter dem Gemeindeschaden umzulegen und dadurch zu dessen Mittragung Personen beizuziehen, welche den Berufsgenossenschaften nicht angehören oder gar, wie die Staatsforstverwaltung, von der Teilnahme an dem Aufwand der Berufsgenossenschaften kraft besonderer reichsgesetzlicher Vorschrift befreit sind.

Urteil vom 14. Juni 1905 in der Ver.S. der k. Staatsforstverwaltung gegen die Gesamtgemeinde E.

17.

Der ungeprüfte Gehilfe eines Bezirksnotars ist krankenversicherungspflichtig.

Aus den

Gründen:

Es handelt sich darum, ob der ungeprüfte Gehilfe „in dem Geschäftsbetriebe eines Notars“ gegen Gehalt oder Lohn beschäftigt war. Daß er gegen Gehalt und zwar in einem die Sätze des § 2b Abs. 1. KVG. nicht erreichenden Betrage beschäftigt war, ist unzweifelhaft. Die Frage der Krankenversicherungspflicht ist durch Urteil des Verwaltungsgerichtshofs vom 22. Dezember 1894 in Sachen D. gegen Ortskrankenkasse S. verneinend entschieden für die geprüften und zur Stellvertretung befähigten Gehilfen der damaligen Gerichts- und Amtsnotare, in den Entscheidungsgründen als zu bejahen erwähnt für die ungeprüften Gehilfen. Durch die inzwischen eingetretene Veränderung der Bestimmungen über das Notariatswesen in dem Württ. Ausführungsgesetz zum BGB. § 94 ff. und in der Verfü-

gung des k. Justizministeriums vom 4. Dezember 1899, betreffend die Dienstvorschriften für die Bezirksnotariate (Amtsbl. S. 431) ist die Tätigkeit des württ. Bezirksnotars noch ausgeprägter als die der früheren württ. Gerichtsnotare und Amtsnotare in der Hauptsache die eines Beamten und zwar eines Staatsbeamten geworden im Gegensatz zu der Tätigkeit der Notare in andern Bundesstaaten, bei denen die Geschäfte des sog. öffentlichen Notars vorwiegen. Neben den staatsamtlichen Verrichtungen des Grundbuchbeamten, des Vorsitzenden des ordentlichen Vormundschaftsgerichts und des Vorsitzenden des ordentlichen Nachlaßgerichts, die den württ. Bezirksnotaren übertragen sind (Art. 95 Abs. 1 Ausf.Ges.), ist aber diesen Bezirksnotaren durch Art. 95 Abs. 2 immerhin auch „das Amt eines öffentlichen Notars" (§ 105 Ausf.Ges.) übertragen und nach § 5 der bezeichneten Verfügung haben die Bezirksnotare auch als Konkursverwalter und im Zwangsversteigerungsverfahren über Grundstücke unter Umständen einzutreten, so daß sich eine aus amtlicher und anderer gemischte Tätigkeit der Bezirksnotare ergibt.

Gehilfen des Bezirksnotars können nach Art. 96 des Ausf.Ges. BGB. zur selbständigen Bearbeitung von Geschäften und zur Vertretung bei einer der obengenannten staatsamtlichen Verrichtungen mit Genehmigung des Justizministeriums angenommen und mit besonderer Ermächtigung zugelassen werden, aber es handelt sich dabei nur um geprüfte Gehilfen und zwar für die Regel um solche, die bereis die Befähigung für das Amt eines Bezirksnotars erlangt haben. Die Annahme von Lehrlingen und ungeprüften Gehilfen ist nach § 15 der erwähnten Verfügung dem Amtsgericht anzuzeigen und diese sind eidlich zu verpflichten (nach § 1 Ziff. 1, 10, 12 der Verfügung des k. Justizministeriums vom 31. März 1879, Württ. Gerichtsblatt Bd. 15 S. 418). Im übrigen ist die Auswahl, wie auch die Belohnung, Sache des Bezirksnotars, dem für derartige „Kanzleikosten" ein „Aversum" vom Staate bezahlt

wird (§ 21 der Verf. vom 4. XII. 99). Zu irgend welcher Vornahme von staatsamtlichen Handlungen oder auch nur zur selbständigen Bearbeitung von Geschäften sind solche ungeprüfte Gehilfen nicht befugt (§ 15 der Verfügung). Sie unterstützen den Bezirksnotar durch Schreibhilfe, unselbständige Anfertigung von Entwürfen u. s. w. und es ist allerdings ihre Ausbildung zu späterer selbständiger Tätigkeit mit bezweckt, aber diese Ausbildung ist eben zunächst auf diese untergeordneten Verrichtungen angewiesen und noch durch keine Prüfung sichergestellt. Daß solche Gehilfen der Bezirksnotare in der Mehrzahl wegen der staatsamtlichen Geschäfte — wenn auch nur zu den ausgeführten untergeordneten Verrichtungen — und nicht wegen der Geschäfte des öffentlichen Notars oder der Nebengeschäfte angenommen werden, ist anzuerkennen, aber immerhin werden sie auch zu diesen nicht amtlichen, wenn auch selteneren Geschäften in gleicher Weise beigezogen. Die Beeidigung erklärt sich aus der, wenn auch äußerlichen Befassung mit amtlichen Angelegenheiten insbesondere aus dem Erfordernis der Verschwiegenheit.

Unter dem „Geschäftsbetrieb der Notare" im Sinn des § 1 Ziff. 2a KVGes. ist nun nicht etwa eine gewerbliche oder überhaupt auf Gewinn gerichtete und dadurch von amtlicher Tätigkeit verschiedene Tätigkeit zu verstehen. Dies ergibt sich aus der Gleichstellung mit dem Betrieb der Krankenkassen, Berufsgenossenschaften und Versicherungsanstalten (der reichsgesetzlichen Invalidenversicherung), sowie der Gerichtsvollzieher. Es kann daher auf die in der ausgeführten Weise gemischte Tätigkeit der Bezirksnotare, wenn sie zusammengefaßt wird, die Bezeichnung Geschäftsbetrieb Anwendung finden, wenn man auch von Geschäftsbetrieb einer Behörde in etwas anderem Sinne zu sprechen pflegt. Da nun im KVGes. in der erwähnten Stelle ganz allgemein die Notare genannt sind und für die zur Zeit der Entstehung des Gesetzes schon in besonderer Gestaltung vorhandene Stellung der württ. Notare mit amtlicher Tätigkeit keine Ausnahme gemacht ist,

so müssen auch die württ. Bezirksnotare unter diesen Begriff befaßt werden.

Als in solchem Geschäftsbetrieb der Notare „beschäftigte Personen" müssen im Unterschied von den geprüften sogenannten Gehilfen, die eine selbständige Tätigkeit als Beamte entfalten, die ungeprüften Gehilfen der Bezirksnotare bezeichnet werden, da sie vermöge ihrer oben dargelegten Stellung von eigener amtlicher Tätigkeit ausgeschlossen sind, nicht als im Dienste des Staates angestellt angesehen werden können, vielmehr von den Bezirknotaren in deren Geschäftstrieb mit Dienstleistungen unselbständiger und mehr untergeordneter Art, die sie dem Bezirksnotar zu seiner Unterstützung leisten, beschäftigt werden.

Zu diesem Ergebnis führt auch die weitere Erwägung, daß nach § 2a des Kranken-Vers.Ges. die Krankenversicherung erstreckt werden könnte auch auf die im Dienste des Staats beschäftigten Personen von derartigen Gehaltsverhältnissen, wie sie hier in Frage sind. Als im Dienste des Staates beschäftigt können aber, wie angeführt, die ungeprüften Gehilfen der Bezirksnotare nicht bezeichnet werden, sie könnten also im Gegensatz gegen Angestellte von erheblich sicherer Stellung nicht zur Krankenversicherung herangezogen werden, wenn sie nicht, was deshalb anzunehmen ist, schon durch die Bestimmung des § 1 Ziff. 2a einbezogen sind. Ferner ist die Bestimmung des § 1 Ziffer 2a Kranken-Vers.Ges. zu dem Zwecke aufgenommen worden (Ges. vom 10. April 1892), um die Gleichmäßigkeit mit der Invaliditätsversicherung herbeizuführen und zu vermeiden, daß die betreffenden Personen bei dieser in die dem ortsüblichen Taglohn entsprechende Lohnklasse eingereiht werden. (Zu vergl. Begründung zum Entwurf des Ges. vom 10. IV. 1892 Reichstagsverhandlungen 8. Leg.Per. I. Session 1890/91 2. Anlagenband, Drucksache 151 S. 897 zu Art. 1).

Nach § 1 des Invalidenversicherungsgesetzes zumal in der Fassung vom 13. Juli 1899 sind die ungeprüften Gehilfen der Bezirksnotare als versicherungspflichtig anzusehen und

die Verfügung des k. Justizministeriums vom 2. Februar 1900, betreffend den Vollzug dieses Gesetzes, Amtsbl. S. 37, nennt auch unter den versicherungspflichtigen Bediensteten des Justizdepartements die in ihrer Beschäftigung und Stellung gegenüber den Amtsgerichten mit den ungeprüften Gehilfen in deren Verhältnis gegenüber den Bezirksnotaren gleichartig gestellten Kanzleigehilfen bei den Amtsgerichten (§ 2, Ziff. 3).

Nach all dem sind die ungeprüften Gehilfen der Bezirksnotare und so auch die des Klägers gemäß § 1 Ziff. 2 a des Krankenversicherungsgesetzes zur Krankenversicherung beizuziehen, wie es auch nach den vorgelegten Erklärungen in St., C., H., bisher schon geschehen ist.

Urteil v. 17. Mai 1905 in der Ber.-S. des Bez.-Not. M. in J. gegen die Gemeindekrankenvers. des OA. C.

18.

Welcher Krankenkasse sind Beamte einer Aktiengesellschaft zuzuweisen, die in einem Zweigbureau außerhalb des Hauptsitzes des Gewerbebetriebs ausschließlich beschäftigt sind?

Aus den

Gründen:

1) Im vorliegenden Falle ist die Zugehörigkeit versicherungspflichtiger Personen zu einer Ortskrankenkasse zwischen dem Arbeitgeber der in Betracht kommenden Personen und der beteiligten Ortskrankenkasse streitig, es liegt eine Streitigkeit zwischen einem Arbeitgeber und einer Ortskrankenkasse über das Versicherungsverhältnis im Sinne des § 58 Abs. 1 des Kranken-Vers.Ges. vor; hiernach sind, wie die Kreisregierung richtig ausgeführt hat, die Verwaltungsgerichte zur Entscheidung des Rechtsstreits zuständig.

2) Nach der Regelvorschrift des Kranken-Vers.Ges. (§§ 5 und 16) sind versicherungspflichtige Personen derjenigen Ortskrankenkasse zuzuweisen, in deren Bezirk sie beschäftigt

sind; der Beschäftigungsort bildet den regelmäßigen Ort der Versicherung. In Uebereinstimmung hiemit bestimmt der § 2 Abs. 1 des Kassenstatuts der Beklagten Berufungsklägerin, daß Mitglieder der Kasse alle innerhalb des Gemeindebezirks S. in einem Gewerbebetriebe der in § 1 bezeichneten Art gegen Gehalt beschäftigten Personen sind, und fügt im Abs. 2 hinzu: „Als im Gemeindebezirk beschäftigt gelten dann, wenn die Natur des Gewerbebetriebs es mit sich bringt, daß einzelne Arbeiten an wechselnden Orten außerhalb der Betriebsstätten ausgeführt werden, auch die mit letzteren beschäftigten Personen für die Zeit derselben". Bei Anwendung dieser Regelvorschrift kann ein Zweifel darüber nicht bestehen, daß die auf dem Zweigbureau der Klägerin zu S. beschäftigten versicherungspflichtigen Beamten der beklagten Ortskrankenkasse als Mitglieder angehören; denn es ist unbestritten, daß diese Beamten, die ihren ausschließlichen ständigen Wohnsitz in S. haben, regelmäßig in dem Bureau in S. ihrer Beschäftigung obliegen und nur ausnahmsweise an einzelnen Tagen vorübergehend auswärts Arbeiten besorgen.

3) Noch fragt es sich, ob nicht auf Grund des § 5 a Abs. 1 des Kranken-Vers.Ges. die Zugehörigkeit der fraglichen Personen zu der beklagten Ortskrankenkasse zu verneinen ist. Der Gewerbebetrieb der klägerischen Aktiengesellschaft bringt es seiner Natur nach mit sich, daß einzelne Arbeiten an wechselnden Orten außerhalb der Betriebsstätte ausgeführt werden; auch wird in Uebereinstimmung mit den Ausführungen in dem Urteil des Reichsgerichts vom 7. Februar 1895 (Entscheidungen in Zivilsachen Bd. 34 S. 129 bis 137) und in dem Urteil des preuß. Oberverwaltungsgerichts vom 26. März 1896 (Entscheidungen Bd. 29 S. 320 bis 326) davon ausgegangen, daß gemäß der Vorschrift des Abs. 1 des § 5 a der Sitz des Gewerbebetriebs nicht nur für solche Arbeiter als Beschäftigungsort gilt, bei denen schon ein Wechsel des Arbeitsorts, namentlich ein Uebergang vom Sitz der Betriebsstätte in einen anderen Gemeindebezirk stattgefunden hat, sondern daß er sich ohne weitere Unterschei-

dungen auf alle Arbeiter erstreckt, die in derartigen Gewerbebetrieben mit den bezeichneten Arbeiten beschäftigt sind (vgl. auch Erlaß des Ministeriums des Innern vom 24. April 1895, Amtsblatt S. 171). Allein der Verwaltungsgerichtshof geht mit der in der angefochtenen Entscheidung ausführlich begründeten Auffassung einig, daß seitens der klägerischen Aktiengesellschaft damit, daß sie in S. nicht nur für einzelne Unternehmen, sondern auf die Dauer für unbestimmte Zeit und für einen unbegrenzten Kreis von Unternehmungen ein Baubureau eingerichtet hat, das, mit einer gewissen Selbständigkeit ausgestattet, mit einem besonderen ihm zugewiesenen Personal die ihm bestimmungsgemäß zufallenden Geschäfte erledigt, innerhalb ihres Gewerbebetriebs eine besondere Betriebsstätte im Sinne des § 5 a Abs. 1 des Kranken-Vers.Ges. in S. geschaffen worden ist. Eine solche vom allgemeinen Mittelpunkt des Geschäftsbetriebs abgezweigte Betriebsstätte gilt dann bezüglich der bestimmungsgemäß mit ihr verbundenen Beschäftigungen für das zur Besorgung dieser Geschäfte bei ihr angestellte Personal als Sitz des Gewerbebetriebs und damit als der für die Krankenversicherung maßgebende Beschäftigungsort. Demgemäß kann auch aus dem angeführten § 5 a Abs. 1 ein durchgreifender Einwand gegen die Mitgliedschaft der fraglichen Beamten der Klägerin bei der beklagten Ortskrankenkasse nicht abgeleitet werden.

Urteil vom 14. Juni 1905 in der VS. der Ortskrankenkasse der Handelsgew. u. s. w. in St. gegen die AG. 2c. in D.

Literariſche Anzeigen.

Die zweite Auflage des Staudinger'ſchen Kommentars zum BGB. (ſ. WürttJ. 17 S. 132) ſchreitet rüſtig der Vollendung entgegen: vom Recht der Schuldverhältniſſe iſt der allgemeine Teil beendet und vom 7. Abſchnitt („Einzelne Schuldverhältniſſe") liegen drei bis § 872 reichende Lieferungen, bearbeitet von LGR. Karl Kober und Dr. Th. Engelmann vor; dem Titel „Kauf und Tauſch" ſind nahezu 170 Seiten gewidmet (gegen 56 der zweiten Auflage von Planck); das Familienrecht iſt jetzt — in einem ſtattlichen Band von 1284 Seiten (wovon 56 auf das Regiſter kommen) — abgeſchloſſen; endlich behandelt eine weitere, von LGPräſident Joſeph Wagner und K. Kober bearbeitete Lieferung die erſten 48 §§ des EG., wobei insbeſondere die das internationale Privatrecht behandelnden Beſtimmungen gründlich erörtert ſind.

Crome: System des deutſchen bürgerlichen Rechts 3. Band: Rechte an Sachen und an Rechten (Tübingen, Mohr, geh. M. 18.50). Kurz nach dem zweiten Band des trefflichen „Deutſchen Privatrechts" von Gierke, der ebenfalls das Sachenrecht behandelt und der geſtellten Aufgabe getreu den Hauptnachdruck auf Darſtellung des Zuſammenhangs des jetzt geltenden Rechts mit dem nationalen Recht der Vergangenheit legt, iſt der das Sachenrecht behandelnde Teil von Cromes Syſtem erſchienen, das ſich zur Aufgabe ſtellt, in erſter Linie das geltende Recht nach ſeinen Grundbegriffen und mit Rückſicht auf die Praxis darzuſtellen. Das Crome'ſche Werk ſteht neben Dernburgs „bürgerl. Recht des Deutſchen Reichs und Preußens" in der erſten Reihe der ſyſtematiſchen Bearbeitungen des neuen Rechts und auch ſein neueſter Band, der auf 903 Seiten (wozu noch 74 Seiten Regiſter kommen) das Sachenrecht behandelt, zeigt dieſelben Vorzüge einer eindringenden, klaren und überſichtlichen Darſtellung der erörterten Lehren wie die bisherigen Bände.

Skonietzki und Gelpcke: CPO. und GVG. für das Deutſche Reich nebſt den Einführungsgeſetzen und den preuß. Ausführungsgeſetzen auf Grund der Rechtſprechung erläutert: (Berlin, Vahlen) 1. und 2. Lieferung zu je M. 3.—. Das Werk will für den bekannten Kommentar von v. Wilmowski-Levy,

von dem seit dem Tod der Verfasser keine neue Auflage mehr erschienen ist, Ersatz schaffen und wie dieser aus der Praxis für die Praxis geschrieben sein, in erster Linie also die bisherigen Ergebnisse der Rechtsprechung, namentlich derjenigen des Reichsgerichts, berücksichtigen. Nach den vorliegenden 2 Lieferungen zu schließen; die auf S. 312 Seiten die CPO. bis zum Abschnitt „Verfahren" behandeln, verspricht der Kommentar ein wertvolles Hilfsmittel für die Praxis zu werden. Pf.

Württembergische Strafgesetzgebung, Textausgabe mit Anmerkungen von Professor Dr. Ernst Beling. Tübingen und Leipzig. Verlag von J. C. B. Mohr (Paul Siebeck). Preis M. 1.20. Eine zusammenfassende und zuverlässige handliche Ausgabe der wichtigsten württemb. Strafgesetze wie sie bisher fehlte, ist hier dem Praktiker und dem Studierenden geboten. Das Bändchen enthält das Polizeistrafgesetz, das Ausführungsgesetz zum Preßgesetz, die strafrechtlichen Bestimmungen des Wassergesetzes, das Forststrafgesetz und das Forstpolizeigesetz, wobei die juristischen Zeitschriften Württembergs in Anmerkungen verwertet sind. Die in der Note 1 zu § 28 a PolStG. vertretene Ansicht des Herausgebers, daß der Art. 28 a insoweit er sich auf den Schutz gegen schwindelhafte Ausbeutung des Publikums bezieht, der Rechtsgültigkeit wegen § 4 RGes. gegen den unlauteren Wettbewerb vom 27. Mai 1896 entbehre, ist vom Strafsenat des Oberlandesgerichts in einem Urteil vom 26. April 1905 reprobiert worden.

Fälle aus dem Strafprozeßrecht zum akademischen Gebrauch, von Professor Dr. Ernst Beling, Tübingen, im gleichen Verlag erschienen, (Preis M. 1.20. geheftet, M. 1.80. in Lwd. geb.) Das Büchlein bildet die dritte Auflage der früher von Fr. v. Liszt besorgten Neuausgabe von „Dochow's Strafrechtsfällen" mit Hinzufügung von Strafprozeßfällen. In ihm ist zugleich im Unterschied von der 2. Auflage nicht nur die Zahl dieser Fälle um die Hälfte instruktiv vermehrt, insgesamt 210 Fälle, sondern diese sind auch in 18 Abschnitte mit Ueberschriften systematisch gruppiert, was die Benützung wesentlich erleichtert. Zwar nur zum akademischen Gebrauch für mündliche Strafprozeßübungen und Kurse bestimmt, wird das Büchlein auch für Referendäre II. Klasse und angehende Praktiker sehr wertvolle Anregung zur Uebung und zu rascher Beurteilung konkreter Fälle geben.

Grundzüge des Strafrechts von demselben Verfasser und im gleichen Verlag erschienen, Preis geh. M. 2.50, geb. Lwd. M. 3.35. Die in dritter völlig umgearbeiteter Auflage herausgegebene Schrift (136 Seiten) will ein gedrucktes „Kollegheft", eine kurzgefaßte Darstellung des heutigen Strafrechts als Unterlage für die Strafrechts-

vorlesungen sein, um dem Lehrer zu ermöglichen, die ihm zur Verfügung stehende Zeit im Interesse der Hörer und zum freien Vortrag auszunützen. Dieser Zweck wird bei der wohl knappen, aber systematischen und klaren Behandlung des Stoffes voll erreicht.

Die Lehre vom Verbrechen von demselben Verfasser ebd. und im gleichen Verlag 1906 erschienen, (Preis geh. M. 11.—, geb. in Lwd. M. 12.50.). In dem eine tiefgründige Gelehrtenarbeit darstellenden Buch (548 Seiten) ist der Begriff des Tatbestands, seine Bedeutung und Tragweite, mehrfach abweichend von der allgemeinen herrschenden Lehre in den Mittelpunkt der Erörterungen gestellt, eine zusammenhängende Theorie des Tatbestands gegeben, der Verbrechenstatbestand als strafrechtlicher Grundbegriff, welcher keineswegs nur den besonderen Teil des Strafrechts angeht, als ein allgemeines Merkmal des Verbrechens nachgewiesen und auf diesem fundamentalen Begriff als dem Grund- und Eckstein des heutigen Strafrechts die Lehre vom Verbrechen mit allen ihren Verzweigungen aufgebaut. Es wird unter Tatbestand ausschließlich der Inbegriff der Merkmale verstanden, welche ergeben, um welches Verbrechen es sich typisch handelt, kurzweg der „körperliche Umriß des Verbrechenstypus", die begreifliche Einheit, in welche die Vielheit der einzelnen Tatbestände zusammengefaßt wird; diesem begrifflichen Tatbestand ist der sog. konkrete, das Vorliegen einer tatbestandsmäßigen Handlung, die Tatbestandsverwirklichung gegenübergestellt. Die Begriffsbestimmung des Verbrechens im ersten Abschnitt lautet: Verbrechen ist die tatbestandsmäßige, rechtswidrige, schuldhafte, einer auf sie passenden Strafdrohung unterstellbare und den Strafdrohungsbedingungen genügende Handlung. Der zweite Abschnitt behandelt den Tatbestand als Umriß des Verbrechenstypus (S. 110—303), der dritte das Verhältnis der Strafgesetze zu einander (Ideal- und Gesetzeskonkurrenz), der vierte das einzelne Verbrechen als konkrete tatbestandsmäßige Handlung, die zwei letzten Abschnitte die besondere Anwendung des Tatbestandsbegriffs auf die Lehren von der „Handlungenzusammengehörigkeit" (Handlungseinheit) und von der „Täterzusammengehörigkeit" (Teilnahme); hier wird das Problem des sog. Nachhandelns, der „Nachtäterschaft" nach neuen Gesichtspunkten behandelt, und dieser Begriff als die Festhaltung und Fortführung des rechtswidrigen Zustands in die Gesetzgebung einzuführen vorgeschlagen wie auch in einem besonderen Paragraphen die künftige gesetzgeberische Behandlung der Teilnahme erörtert wird. Die ebenso eingehende und scharfsinnige als übersichtliche und klare Verarbeitung des umfangreichen Stoffes empfiehlt das Buch nicht nur für den Studierenden, sondern auch für die wissenschaftliche Weiterbildung des gereiften Juristen. Ein ausführliches Sachregister und daneben ein be-

sonderes Gesetz- bezw. Quellenregister erleichtert die Benützung des vortrefflichen Buches. K.

Die bekannte „Rechtsprechung" von Dr. Soergel (Stuttgart, Deutsche Verlagsanstalt) umfaßt nunmehr in 6 Jahrgängen die Zeit vom 1. Januar 1900 bis Spätherbst 1905 und berücksichtigt neben dem BGB. nebst EG. auch die CPO., KO., GBO., FGG., ZVG. und neuestens auch das HGB. Zum Zweck der schnellen Gewinnung eines Ueberblicks über die einschlägige Rechtsprechung eignet sich das Buch mit seinem handlichen Format und guten Druck bei Reichhaltigkeit des Inhalts sehr gut; der fünfte, das Jahr 1904 umfassende in 3. Auflage erschienene Jahrgang (Preis geb. M. 6.40.) führt in kurzen Sätzen bei den einschlägigen Gesetzesparagraphen „sämtliche bisher veröffentlichen Entscheidungen des GR." — wie der Verfasser versichert — an. Daß alle derartigen Werke das Zurückgehen auf die Gründe der ausgezogenen Entscheidungen, soweit sie anderweit ausführlich veröffentlicht sind, und die selbständige Prüfung der Richtigkeit dieser Entscheidungen nicht ersparen wollen und ersparen, versteht sich von selbst. Pf.

Alphabetisches Sachregister.

(Die Zahlen bedeuten die Seiten).

A.

Aktiengesellschaft. Welcher Krankenkasse sind Beamte einer A. zuzuweisen, die in einem Zweigbureau außerhalb des Hauptsitzes des Gewerbebetriebs ausschließlich beschäftigt sind? 406.

Amortisations-Hypotheken, Behandlung im Zwangsversteigerungsverfahren 47.

Amtskörperschaft Inwiefern haftet eine A. dafür, daß die von ihr zu unterhaltenden Straßen sich in einem gefahrlosen Zustand befinden? (Art. 202 204 AGBGB., §§ 831. 89. 31 BGB.) 22.

Arbeiter. Inwiefern ist die polizeiliche Anmeldung eines Arbeiters durch den minderjährigen Sohn des Arbeitgebers als unterlassene Anmeldung anzusehen und strafbar? 332.

Arzneimittel. Zur Auslegung der Kais. Verordnung vom 22. Okt. 1901 betr. den Verkehr mit Arzneimitteln 329.

B.

Balletmeister, Anspruch gegen einen Zirkusbesitzer auf Gehaltzahlung 221.

Bankier. Haftung eines B. aus Raterteilung betreffs des Ankaufs von Spekulationspapieren 295.

Bauakkordant. Die Strafbarkeit eines B. wegen unterlassener Erstellung einer Schutzhütte für Vornahme von Steinhauerarbeiten 336.

Bauordnung. Entschädigungsansprüche auf Grund des Art. 2 Ziff. 5 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege vom 16. Dezember 1876 Zulässigkeit des Rechtswegs. Zur Auslegung des angeführten Art. 2 Ziff 5. 70

Bauplatz. Haftung des Verkäufers eines „Bauplatzes", dessen Ueberbaubarkeit gemäß Art. 224 AGBGB. beschränkt ist (§§ 459, 434 BGB.)? 290

Baustraße. Auslegung der Worte „zu tragen oder zu ersetzen" in Art. 15 Abs. 1 der Bauordnung. Zurückvergütung der durch Hingabe und Annahme an Erfüllungsstatt bezogenen Leistung eines nicht geschuldeten Straßenkostenbeitrags; Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte nach Art. 10 Ziff. 7 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes 99.

Beleidigung. Zur Auslegung des § 193 StGB 237. — Der Gebrauch eines Beinamens als B. 240.

Berichtigungsvorschrift. Ist die B. nach § 11 des Preßgesetzes rein formeller Natur? 78. — Die Antrags- und Verjährungsfrist für die Zuwiderhandlung gegen die B. des Preßgesetzes. — Ist diese Zuwiderhandlung ein Dauerdelikt? 81.

Bestandteile, wesentliche, von Sachen. Zur Auslegung der §§ 93, 94 BGB. 283.

Betrug oder Steuerdelikt? 345.

Beweisbeschluß. Kann das Gericht trotz Widerspruchs einer Partei beschließen, von vollstän-

diger Erledigung eines B. abzusehen? 58.
Bezirksnotar. Der ungeprüfte Gehilfe eines B. ist krankenversicherungspflichtig 402.
Bierbezugsvertrag. Kann der Verpflichtung eines Wirts, sein Bier während eines bestimmten Zeitraums von einer bestimmten Brauerei zu beziehen, durch Eintragung in das Grundbuch dingliche Wirkung verschafft werden?
Brandversicherung. Ist Art. 9 Abs. 2 des Gesetzes vom 19. Mai 1852 über die polizeilichen Beschränkungen der Versicherung des beweglichen Vermögens gegen Feuersgefahr durch § 121 des Reichsges. vom 12. Mai 1901 über die privatrechtlichen Versicherungsunternehmungen aufgehoben? 300.
Bürgschaftsleistung einer Ehefrau 285.

D.

Darlehenszusage. Mangel genügender Bestimmtheit einer D. 158.
Doppelbesteuerung. Zur Frage der D. 384.
Druckschrift. Was ist unter Erscheinungsort einer D. zu verstehen? 73.

E.

Ehescheidungsgründe. Eine Partei, die auf Ehescheidung klagt, kann nicht beanspruchen, daß, wenn ein von ihr geltend gemachter Ehescheidungsgrund durchgreift, auch die anderen von ihr geltend gemachten Scheidungsgründe gewürdigt werden 41.
Eigenschaften einer Sache, die im Verkehr als wesentlich angesehen werden, Irrtum 126.
Eigentümer-Hypotheken, Behandlung im Zwangsversteigerungsverfahren 47.
Eigentum, Beeinträchtigung. Wer ist als „Störer" i. S. des § 1004 BGB. anzusehen? 316.
Eigentumsbeschränkungen. Haftung des Verkäufers eines „Bauplatzes", dessen Ueberbaubarkeit gemäß Art. 224 AGBGB. beschränkt ist. (§§ 459, 434 BGB.)? 290.
Einsturz eines Gebäudes oder eines andern mit einem Grundstücke verbundenen Werks. Zur Auslegung des § 836 BGB. 173.
Einwirkungen von einem Grundstück auf das andere, Ruß, Rauch 2c. Zur Auslegung des § 906 BGB. 66. 317.
Eisenbahn-Stationsbeamter. Das Recht des Stationsbeamten zur Sistierung eines Eisenbahnfahrgasts (§ 113 StGB.) 347.
Erbschaftssteuer Gemeiner Wert des angefallenen Vermögens 394.
Erbschaftssteuergesetz. Zu Art 1, 7 Abs. 1 und 40 des E. vom 26. Dezbr. 1899. (Bedeutung eines Erbabfertigungsvertrags für den Ansatz einer Erbschaftssteuer) 271.
Errungenschaft. 1. Sondergutseigenschaften von Sachen, die an sich zur E. gehören würden, zufolge Vereinbarung der Eheleute. 2. Zur Auslegung des § 45 KO. 40.
Erscheinungsort einer Druckschrift. Was ist unter E. e. D. zu verstehen? 73.
Erziehungsreligion s. Religion.

F.

Feuerversicherung 300, s. Brandversicherung.
Fiskus. Voraussetzungen der Haftung des Staats für die Folgen einer unerlaubten Handlung, die ein in einer Staatsirrenanstalt untergebrachter Geisteskranker außerhalb der Anstalt verübt hat 133.

G.

Garantievertrag 293.

Gasmotor. Einwirkungen auf das Nachbargrundstück 316.
Gastwirt Haftung eines G. für Beschädigung eines in seinem Stall eingestellten Pferds 163.
Geisteskranke. Voraussetzungen der Haftung des Staats für die Folgen einer unerlaubten Handlung, die ein in einer Staatsirrenanstalt untergebrachter Geisteskranker außerhalb der Anstalt verübt hat 133.
Gerichtskostengesetz. Zur Auslegung des § 9a GKG. 64.
Gerichtsvollzieher. Hat für das Verschulden eines G. in Vollziehung eines Pfändungsauftrags gemäß Art. 202 AGBGB. der Staat bezw. die Gemeinde zu haften? 138.
Gesellschaft. Kann eine wegen formeller Mängel nicht zur Entstehung gelangte G. m. b. H. als offene Handelsgesellschaft angesehen werden? 36. — „Beschränkung" des Kündigungsrechts im Sinne des § 723 Abs. 3 BGB. 171.
Gesellschafter. Nimmt der stille G. eines Fabrikanten teil an dem Gewinn, der durch Erteilung von Lizenzen betreffs eines dem Fabrikanten patentierten Apparats erzielt wird? 33.
Gewässer. Unzulässigkeit des Rechtswegs für einen auf übermäßige Benutzung eines G. gestützten Schadensersatzanspruch, wenn die Parteien darüber streiten, ob das G. ein öffentliches ist 217.
Gewerbesteuer. Unter welchen Voraussetzungen unterliegt die Entfaltung einer gewerblichen Tätigkeit seitens eines Auswärtigen in Württemberg der württemb. G. 379. — Zur Frage der Doppelbesteuerung 384.
Gläubigerverzug. Voraussetzungen des G. (Auslegung des § 295 BGB.) 147.
Grundstücke. Haftung des Verkäufers eines „Bauplatzes", dessen Ueberbaubarkeit gemäß Art. 224 AGBGB. beschränkt ist (§§ 459, 434 BGB.)? 290.

H.

Haftpflichtgesetz. Anwendung des § 254 BGB. in einem Fall des § 1 des H.? 143. — „Betrieb" und „höhere Gewalt" im Sinn des H. 185.
Handelsgesellschaft, stille. 1) Verhältnis des § 337 Abs. 2 zu § 336 HGB. 2) Eine Einlage ist nicht bloß dann „rückständig" i. S. des § 337 Abs. 2 HGB., wenn sie schon fällig ist 179. — Unterliegt das Einkommen aus einer Unterbeteiligung an einer offenen H. der Kapitalsteuer? 253.
Hausfriedensbruch. Die Zeitdauer des unbefugten Verweilens im Sinn des § 123 StGB. 352.
Herkommen in der Bedeutung des Ersatzes für den Nachweis des rechtsgültigen Abschlusses eines öffentlich-rechtlichen Vertrags über Unterhaltung eines Nachbarschaftswegs 89. — H. als Rechtsgrund eines Anspruchs gegen eine Gemeinde auf Gewährung eines Teils der Pferchnutzung als Beitrag zur Pfarrbesoldung 206. — Zum Begriff des H. (Kirchenbaulast) 212.
Hilfsschreiber. Ist ein H. eines Landgerichts ein „Beamter" im Sinn des Reichsmilitärpensionsgesetzes? 25.
Hypothekenforderung. Ist der Gläubiger verpflichtet, im Fall der Bezahlung seiner H. dem Schuldner eine Löschungsbewilligung zu erteilen? 147.

J.

Jagd. 1) Inwiefern ist bei Verurteilung wegen Jagdvergehens die Frage eines möglichen Eigentumserwerbs zu entscheiden? 2) Erwirbt ein Jagdgast an einem erlegten Wild mit dem Besitz auch das Eigentum für den Jagdberechtigten? 323. —

Gehört die Jagdausübung zum Tatbestand einer Uebertretung des Art. 17 Ziff. 4 des Jagdgesetzes vom 27. Okt 1855? 327.
Irrtum Verkehrswesentliche und gebrauchserhebliche Eigenschaften einer Sache und der J. des § 119 und der §§ 459 ff. BGB. 126.

K.

Kapitalsteuer. Unterliegt das Einkommen aus einer Unterbeteiligung an einer offenen Handelsgesellschaft der K? 253.
Kind, eheliche Abstammung. Zur Auslegung des § 1591 Abs. 1 Satz 2 BGB. 200.
Kirchenbaulast. 1) Umfang der Zulässigkeit des Rechtswegs für Ansprüche betreffs K. 2) Ist ein Anspruch auf Feststellung der Kirchenbaupflicht gegen den Eigentümer der Kirche möglich? 3) Zum Begriff des Herkommens 212.
Klagschrift. Unrichtige Bezeichnung des Klägers in der schriftlichen Klage, wenn statt des Ortsarmenverbands die Ortsarmenbehörde als Kläger bezeichnet ist? 69.
Körperschaftsbeamte. Zu Art. 38 Abs. 1 des Ges. v. 25. Juni 1894, betr. die Pensionsrechte der K. 249.
Kommission. Pflicht des Kommittenten, über vertragswidrig abgeschlossene Geschäfte dem Kommissionär Rechnung zu legen? 11.
Konfession, Erziehungskonfession s. Religion.
Konkurs. Kann eine pfandrechtlich gesicherte Forderung, die nach der Sachlage bei Ausbruch des K. über das Vermögen des Schuldners in ihrem ganzen Umfang als Konkursforderung zu betrachten war, nachträglich zur bloßen Ausfallsforderung werden? 227.
Krankenversicherungsgesetz. Zu §§ 3 und 49 des K. vom 15. Juni 1883 und Art. 38 Abs. 1 des Ges. v. 25. Juni 1894, betr. die Pensionsrechte der Körperschaftbeamten 249.
Kunstgewerbliches Werk. Voraussetzungen der Anfechtung des Kaufs eines Werks des Kunstgewerbs wegen Unechtheit 156.

L.

Landwirtschaftliche Berufsgenossenschaften. Die Gemeinden sind nicht befugt, die Beiträge für die l. B. als einen Teil des Gemeindeschadens umzulegen 398.

Literarische Anzeigen:

Beling, Dr. Ernst, Professor. 1) Württembergische Strafgesetzgebung, Textausgabe mit Anmerkungen. 2) Fälle aus dem Strafprozeßrecht zum akademischen Gebrauch. 3) Grundzüge des Strafrechts 410. 4) Die Lehre vom Verbrechen 411.
Gutbrod, RA. Dr. Karl, der obligatorische Grundstücksveräußerungsvertrag 132.
Scherer, Die 5 ersten Jahre des BGB., die gesamte Rechtsprechung und Theorie vom 1. Jan. 1900 bis 31. Dez. 1904 280.
Skonietzki und Gelpcke, CPO. und GVG. für das Deutsche Reich nebst den Einführungsgesetzen und den preuß. Ausführungsgesetzen auf Grund der Rechtsprechung erläutert 409.
Sörgel, Dr., Rechtsprechung 412.
Staudinger, Kommentar zum BGB., 2 Aufl. 132. 281. 409.
Stierle, G., RA. Die Haftung für Tiere im BGB. 132.
Warneyers Jahrbuch der Entscheidungen auf dem Gebiet des Civil-, Handels- und Prozeßrechts. 3. Jahrg. 1904 281
Wolfarth und Waas, die Verjährungsfristen der deutschen Reichs- und württ. Landesgesetzgebung in alphabetischer Ordnung dargestellt 132.

Löschungsbewilligung. Ist der Gläubiger verpflichtet, im Fall der Bezahlung seiner Hypothekenforderung dem Schuldner eine L. zu erteilen? 147.

M.

Makler. Ist der Anspruch des M. auf Provision begründet, wenn der unter einer auflösenden Bedingung abgeschlossene Kauf sich durch Eintritt der Bedingung auflöst? 287.
Mobiliarfeuerversicherung 300, s. Brandversicherung.

N.

Nachbarschaftsweg. Herkommen in der Bedeutung des Ersatzes für den Nachweis des rechtsgültigen Abschlusses eines öffentlich-rechtlichen Vertrags über Unterhaltung eines N. Streit über die öffentlich-rechtliche Eigenschaft der übernommenen Unterhaltungspflicht und über die Zulässigkeit des Verwaltungsrechtswegs 89.
Notwehr. Zum Begriff der N. 352. Ist gegenüber einem Notwehrakt die Berufung auf § 193 StGB. zulässig? 352.

O.

Ortsarmenbehörde, Ortsarmenverband. Unrichtige Bezeichnung des Klägers in der schriftlichen Klage, wenn statt des Ortsarmenverbands die Ortsarmenbehörde als Kläger bezeichnet ist? 69.
Ortsvorsteher. Amtsniederlegung eines O. Widerruflichkeit dieser Erklärung? 243.

P.

Patent. 1) „Erschleichung" eines P.? 2) Verpflichtung des Patentverletzers zur Rechnungslegung? 311.
Pechpflaster. Zum Begriff v. P. 329.
Pfandrecht. Ist die Verpfändung von in einem verschlossenen Raum lagernden Waren rechtswirksam vollzogen, wenn der Verpfänder von mehreren, zur Oeffnung des Raumes geeigneten Schlüsseln dem Gläubiger nur einen aushändigt? 193.
Pferchnutzung. 1) Ist für einen Anspruch gegen eine Gemeinde auf Gewährung eines Teils der Pf. als Beitrag zur Pfarrbesoldung der Civilrechtsweg zulässig? 2) Herkommen als Rechtsgrund eines solchen Anspruchs 206.
Preßgesetz. Ist die Berichtigungsvorschrift nach § 11 des P. rein formeller Natur? 78. — Zur Auslegung des § 20 des P. 359.
Prozeßbevollmächtigte. Können Reisekosten des am Ort des Prozeßgerichts wohnhaften P. einer Partei deshalb gestrichen werden, weil die Partei sich eines an ihrem Wohnort ansäßigen Anwalts hätte bedienen können? 233.

R.

Ratsschreiber. Handelt der R. in Ausübung der ihm nach Art. 33—35 AGBGB. zustehenden Befugnisse als Beamter? 13.
Reichsmilitärpensionsgesetz. Zur Auslegung von § 100 Ziff. 3, § 102 des R. 29.
Religion. Rechtsbeschwerde gegen eine unter Vorbehalt gerichtlicher Entscheidung ergangene Verfügung des K. Ministeriums des Kirchen- und Schulwesens, betr. die Erziehungsreligion eines Kindes. (Ziff. VI des Religionsedikts vom 15. Oktober 1806, abgeändert durch VO. vom 14. März 1817; vergl. auch die Erlasse des K. Ministeriums des Innern und des Kirchen- und Schulwesens vom 14. September 1826 und 14. Juli 1831 im 1. Ergänzungsband zum

Reg.Bl. S. 332 und 335.) 110.
Reugeldabrede. Nichtigkeit nach § 723 Abs. 3 BGB. 171.
Revision. Zur Frage der formellen Einlegung der R. in Strafsachen 329.

S.

Sachen. Zur Auslegung der §§ 93, 94 BGB. (wesentliche Bestandteile) 283.
Schadensersatz. Zur Auslegung des § 255 BGB. (Anspruch des Ersatzleistenden auf Abtretung der Ansprüche des Entschädigten) 168.
Scheingeschäft oder Sicherheitsübereignung? 313.
Schenkung. Verzicht als (wegen Formmangels ungültige) Sch.? 313.
Sicherheitsübereignung od. Scheingeschäft? 313.
Sicherungs-Hypotheken, Behandlung im Zwangsversteigerungsverfahren 47.
Sitten. Gegen die guten S. verstoßendes Rechtsgeschäft? § 138 BGB. 285.
Sonn- und Festtage. Zum Tatbestand einer Verfehlung wider die K. Verordnung betr. die bürgerliche Feier der S.- und F. 341.
Staatsirrenanstalt. Voraussetzungen der Haftung des Staats für die Folgen einer unerlaubten Handlung, die ein in einer St. untergebrachter Geisteskranker außerhalb der Anstalt verübt hat. 133.
Stallwirt. Haftung eines St. für Beschädigung eines bei ihm eingestellten Tiers 168.
Steuerbehörde. Hat die St. die Anbringung der Revisionsanträge durch einen Rechtsanwalt unterzeichnen zu lassen? 374.
Steuerdelikt oder Betrug? 345.
Stiftungspfleger, Bestellung. Zur Auslegung des § 124 des Verwaltungs-Edikts 245.
Störung des Eigentums. Wer ist als „Störer" i. S. des § 1004 BGB. anzusehen? 316.
Streitverkündigung, Wirkungen. (§§ 68, 47 CPO.) 223.
Streitwert bei einer Klage auf Feststellung der Verpflichtung aus einem Versicherungsvertrag 64

T.

Testamentserrichtung durch mündliche Erklärung des letzten Willens (§ 2238 BGB.) 203.

U.

Umsatzsteuergesetz. Zu Art. 2 des U. vom 28. Dezember 1899. 117. — Zu Art. 2 des U. Die Abtretung des in eigenem Namen handelnden Bevollmächtigten an den Auftraggeber unterliegt nicht der Steuerpflicht 119. — Zu Art. 2 des U. (Kauf mit dem Vorbehalt), eine noch zu gründende Aktiengesellschaft als Käuferin zu bezeichnen) 263.
Unfall. Eigenes Verschulden einer Person, die bei einer Eisenbahnfahrt infolge davon verunglückt ist, daß sie während der Fahrt auf die Plattform des Wagens hinausgetreten ist 1. — Haftung des Staats für einen durch Nichtverwahrung einer in der Nähe einer Staatsstraße befindlichen Dohle entstandenen U.? 19.
Unlauterer Wettbewerb. Verhältnis des Art. 28a PolStGB. zum Reichsgesetze betr. den u. W. 359.
Unterhalt. Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte für einen Streit über Gewährung des U. seitens eines Elternteils an Kinder 201.
Unterhalts- u. Rentenansprüche, gesetzliche und vertragsmäßige, Streitwert 64.

V.

Verein. Inwiefern kann eine Vereinbarung, wodurch ein Mitglied eines eine juristische

Person darstellenden V. seine Mitgliedsrechte an einen Dritten abtritt, nach Maßgabe der Konkursordnung oder des Anfechtungsgesetzes anfechtbar sein? 174.

Verjährung. Ist die Unterlassung der Rüge, daß eine Prozeßvorschrift verletzt sei (§ 295 CPO.), von Bedeutung für die Unterbrechung der V.? 288.

Verlöbnisbruch. Anspruch auf Ersatz erlittenen Schadens oder entgangenen Gewinns im Fall des V. (§ 1298 BGB.) 197.

Verschulden. Eigenes V. einer Person, die bei einer Eisenbahnfahrt infolge davon verunglückt ist, daß sie während der Fahrt auf die Plattform des Wagens hinausgetreten ist 1.

Versicherungsvertrag. Streitwert bei einer Klage auf Feststellung der Verpflichtung aus einem V. 64.

Vertragserfüllung. Möglichkeit einer Klage teils auf Leistung einer Vertragsstrafe, teils auf V. (BGB. § 340) 4.

Vertragsstrafe. Möglichkeit einer Klage teils auf Leistung einer V., teils auf Vertragserfüllung (BGB. § 340) 4.

Verwaltungsaktuar. Dienstliche Stellung des V., Kündbarkeit 389.

Verwaltungsbehörde. Hat die Steuerbehörde die Anbringung der Revisionsanträge durch einen Rechtsanwalt unterzeichnen zu lassen? 374.

Verzeihung. Zum Begriff der V. i. S. des § 1570 BGB. 41.

W.

Warenzeichen. Inwiefern kann ein unter Verwendung eines Freizeichens gebildetes W. ein ausschließliches Recht i. S. des § 12 des Warenzeichengesetzes begründen? 37. — Umfang und Inhalt des durch ein eingetragenes W. gewährten Schutzrechts 307.

Wechsel. Haftung dessen, der einen Wechsel in blanco acceptiert hat, wenn ihm der Wechsel vor der Begebung gestohlen worden ist? 181. — Liegt eine Verpfändung von Wechselforderungen darin, daß die betreffenden W. einem Gläubiger „in Depot gegeben" werden? 318.

Werkvertrag: Voraussetzungen eines Anspruchs auf Schadensersatz und der Wandlung wegen Mängel eines gelieferten Werkes? 7.

Wettbewerbgesetz. Zur Auslegung des § 6 des W. Begriff der „Behauptungen tatsächlicher Art") 183.

Widerklage. Inwieweit ist eine W. nach Erledigung der Vorklage möglich? 235.

Wirt. Haftung eines W. für einen Unfall, den in seinem Hofraum ein Gast durch Absturz erleidet? 297. — Zum Tatbestand einer Verfehlung wider die K. Verordnung betr. die bürgerliche Feier der Sonn- und Festtage 341.

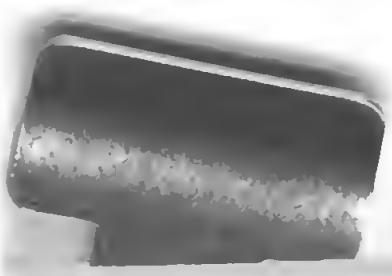
Wirtschaftsführer, Pächter. Haftung des Eigentümers einer Wirtschaft für die von seinem W., der angeblich in Wirklichkeit Pächter war, bezogenen Lieferungen? 139.

Wohnungsrecht. Das Vermächtnis eines W. begründet bei Aufgabe der Wohnung keinen Anspruch auf die vom Beschwerten durch Vermieten der Wohnung gezogenen Früchte 44.

Z.

Zirkusbesitzer. 1) Ist zur Entscheidung eines Rechtsstreits, der den Anspruch eines Balletmeisters gegen einen Z. auf Gehaltszahlung betrifft, das Gewerbegericht zuständig? 2) Rechtliche Natur des zwischen solchen Personen in betreff von Leistungen des Balletmeisters geschlossenen Vertrags 221.

Zusicherung, Garantievertrag 293.
Zwangsversteigerungsverfahren. 1) Behandlung von Eigentümer Amortisations- und Sicherungshypotheken im Z. 2) Zur Auslegung des § 37 Ziff. 4 Zwangsverst.Ges. und Art. 215 AG. z. BGB. 47.
Zwangsvollstreckung zur Erwirkung von Handlungen, die durch einen Dritten nicht vorgenommen werden können. Zur Auslegung des § 888 CPO. 59. Sind Ehegatten aus § 288 StGB. (Veräußerung oder Beiseiteschaffung von Vermögensbestandteilei bei drohender Z. in der Absicht, die Befriedigung des Gläubigers zu vereiteln) strafbar, wenn bei drohender Z. die Ehefrau die auf ihren Namen sowie die auf den Namen eines Kinds eingetragenen Sparkasseneinlagen auf den Namen des Ehemanns umschreiben ließ? 367.



Digitized by Google

LAW LIBRARY
University of Michigan
3 5112 103 080 547

Digitized by Google

LAW LIBRARY
University of Michigan
3 5112 103 080 547

LAW LIBRARY
University of Michigan
3 5112 103 080 547